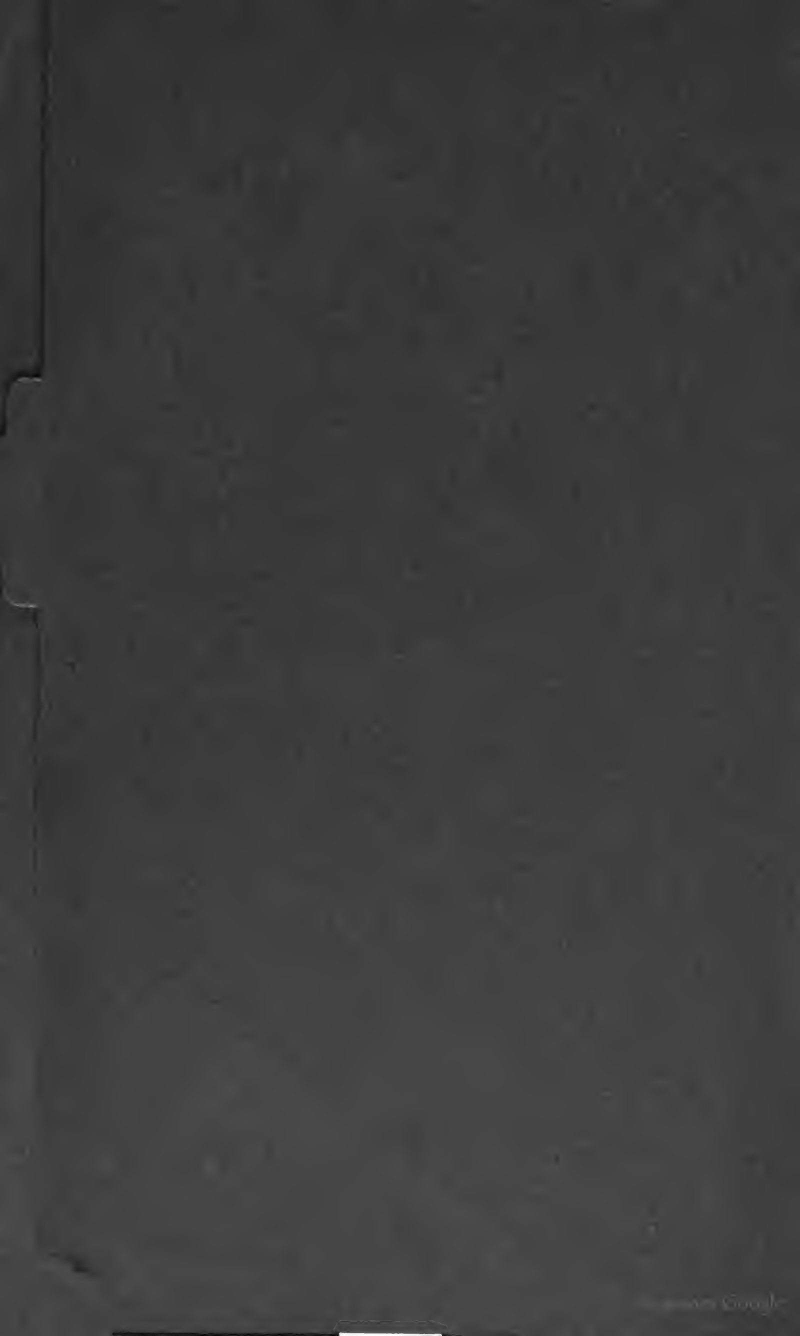
Aus Römischem und bürgerlichem recht

Franz Bernhöft









Aus Römischem und Bürgerlichem Recht.

ERNST IMMANUEL BEKKER

zum

16. August 1907

überreicht

von

F. Bernhöft — P. F. Girard — O. Gradenwitz
E. Hölder — P. Krüger — R. Leonhard — L. Mitteis
E. Rabel — E. Seckel — A. von Tuhr — L. Wenger
E. Zitelmann.

Weimar
Hermann Böhlaus Nachfolger
1907.

Aus Römischem und Bürgerlichem Recht.

Aus Römischem und Bürgerlichem Recht.

ERNST IMMANUEL BEKKER

zum

16. August 1907

überreicht

von

F. Bernhöft — P. F. Girard — O. Gradenwitz
E. Hölder — P. Krüger — R. Leonhard — L. Mitteis
E. Rabel — E. Seckel — A. von Tuhr — L. Wenger
E. Zitelmann.



Weimar. — Hof-Buchdruckerei.

„. . . . Ihm des Schweigenden Sohn und werth des herrlichen Vaters,
Tapfer und klug und beredt, aber den Freunden ein Freund.“

Th. Mommsen an E. I. Bekker,
zum 16. August 1897.

Inhalt.

Justinianische Entscheidungen streitiger Rechtsfragen im Codex und in den Digesta.

Von

Paul Krüger.

Für die Umgestaltung und Vereinfachung des Rechts, welche Justinian sich zum Ziel gesetzt hatte, galt es insbesondere Veraltetes auszuscheiden und die ungelösten Streitfragen zu entscheiden. Diese Aufgabe war nur zum kleinsten Teil im Codex vom 7. April 529 in Angriff genommen; die Hauptarbeit nach beiden Richtungen leisteten teils die hernach ergangenen Konstitutionen, teils die Kommission für die Zusammenstellung der Digesten.

Unter den gedachten Konstitutionen bildeten die Entscheidungen der Streitfragen insofern eine besondere Gruppe, als sie unter der Bezeichnung quinquaginta decisiones von Justinian zusammengefaßt wurden [1]), eine Sammlung, welche aber dann mit der Aufnahme der einzelnen Konstitutionen in den Codex repetitae praelectionis vom 16. November 534 außer Kraft trat. Diese Sammlung war nach dem Zeugnis in Justinians Institutiones 1, 5, 3 vor Abfassung derselben Ende des Jahres 533 abgeschlossen. Die in den letzten Jahrhunderten unternommenen Versuche, die 50 decisiones aus dem neuen Codex Iustinianus zusammenzustellen, sind an den Schwierigkeiten gescheitert, mit denen diese Aufgabe zu kämpfen hat.[2])

Einen erneuten Versuch hat jetzt di Marzo gemacht [3]); ob er gelungen, soll hier geprüft werden.

Eine der Schwierigkeiten, welche sich derartigen Versuchen entgegenstellen, ist der Mangel scharfer Abgrenzung zwischen Decisionen und sonstigen Konstitutionen. Einige Konstitutionen bezeichnen sich geradezu als decisiones; ihnen können auch diejenigen zugerechnet werden, welche

---

[1]) So c. Cordi (Codex Iust. praefatio III) § 1. — [2]) Vgl. Krüger, Geschichte der Quellen § 42, 21. — [3]) Le quinquaginta decisiones di Giustiniano. Palermo 1899. 1900.

von einem decidere dubitationes, ambiguitates, altercationes, sententias oder einfach von decidere sprechen. Andererseits ist für Cod. 7, 5, 1 die Zugehörigkeit zu den decisiones bezeugt[1]), bei der man ihrem Inhalt nach nicht auf diesen Gedanken kommen würde. Daß sie die einzige dieser Art wäre, dafür haben wir nicht die mindeste Gewißheit, und doch hat di Marzo mit dieser Gewißheit gerechnet.[2])

Eine weitere Schwierigkeit liegt darin, daß sich im Codex mehr als 50 decisiones finden. Da di Marzo dies bestreitet, so lasse ich hier ein der Zeitfolge nach geordnetes Verzeichnis derselben folgen, in welchem diejenigen, denen auch di Marzo diesen Charakter zuerkennt, mit einem Stern versehen sind.

529

XV k. Oct. 6, 57, 5 *(dubitabatur. sancimus itaque)*

III k. Nov. 1, 14, 12 § 2—5 *(cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum — eorum — scrupulositatem — corrigendam esse censuimus — explosis itaque huiusmodi — ambiguitatibus)*

530

V k. Mart. 4, 21, 21 *(ne diutius dubitetur — sancimus)*

XV k. Apr. 4, 29, 22 *(sancimus antiqua legum varietate cessante)*

4, 66, 3 *(cum dubitabatur — sancimus)*

5, 27, 11 (erlassen gegenüber Zweifeln über die Auslegung von c. 10 eod. aus dem voraufgegangenen Jahr, daran angeschlossen § 4 *et generaliter definimus et, quod super huiusmodi casibus variabatur, definitione certa concludimus*)

VI k. Apr. 4, 20, 20 *(variatum erat — sancimus)*

XII (?) k. Aug. 4, 28, 7 *(veterum ambiguitatem decidentes)*

---

[1]) Inst. 1, 5, 3. — [2]) Di Marzo vermutete für 7, 5, 1, daß sie nicht vollständig in den Codex übergegangen; das kann zutreffen (vgl. die Bemerkung in c. Cordi § 1: cum earum quaedam ex emersis postea factis aliquam meliore consilio permutationem vel emendationem desiderabant); aber die gleiche Möglichkeit liegt auch bei anderen Konstitutionen vor.

XI k. Aug. 5, 4, 24 *(sic etenim et antiqui iuris contentio dirimetur et —)*
8, 41, 8 *(veteris iuris ambiguitates resecantes sancimus)*
k. Aug. *3, 33, 12 *(ambiguitatem antiqui iuris decidentes)*
*4, 5, 16 *(dubitabatur — nobis haec decidentibus)*
*4, 29, 24 *(veterum ambiguitatem decidentes)*
k. Aug. *4, 38, 15 *(magna dubitatio exorta — quam decidentes censemus)*
*5, 51, 13 *(veteris iuris dubitationem decidentes sancimus)*
*6, 2, 20 *(veteres dubitaverunt. nobis — eorum altercationes decidentibus placuit)*
*7, 7, 1 *(ambiguitas — apud veteres iuris auctores — decidentes tales altercationes — sancimus)*
*8, 21, 2 *(veteris iuris dubitationem decidentes)*
*8, 37, 13 *(veteris iuris altercationes decidentes — sancimus)*
k. Sept. *5, 70, 6 *(antiquitas disputabat — eius ambiguitates decidentes sancimus)*
5, 70, 7 § 3 *(magna et inextricabilis vetustissimo iuri dubitatio exorta est)*
6, 22, 9 *(ab antiquis dubitabatur — nunc autem hoc decidendum est)*
k. Oct. *3, 33, 13 *(cum antiquitas dubitabat — auctorum iurgium decidentes — dubitationem resecamus)*
*3, 33, 14 *(antiquitas dubitabat — tales altercationes decidentes censemus)*
*3, 33, 15 *(inter antiquam prudentiam dissensio incidit — nobis haec decidentibus placuit)*
*3, 33, 16 *(dubitabatur — haec decidentes sancimus)*
*4, 5, 11 *(certamen legislatoribus incidit — quod nos decidentes sancimus)*
*5, 4, 25 *(apud veteres agitabatur — his itaque dubitatis tales ambiguitates decidentes sancimus)*
*5, 4, 26 *(dubitabatur apud antiquos — vetustam ambiguitatem decidentes — censemus)*
*6, 2, 21 *(apud antiquos quaerebatur — nos generalem regulam sic ab initio esse prolatam accipimus)*
*6, 57, 6 *(dubitabatur — dubitationem — decidentes — sancimus)*

*7, 4, 14 *(cum inter veteres dubitabatur, nos vetus iurgium decidentes — censemus)*

XV k. Dec. *2, 18, 24 *(dubitabatur — haec decidentes — sancimus)*

*4, 27, 2 *(quaerebatur — nobis verior — sententia videtur)*

*6, 2, 22 § 1 *(quaerebatur — tales ambiguitates veterum — nobis decidentibus — placuit)*

6, 2, 22 § 3 *(sed cum in secunda dubitatione incidebat — alia dubitatio incidit veteribus — nobis haec decidentibus Papinianus eligendus est)*

6, 2, 22 § 4 *(cum autem in confinio earum dubitationum tertia exorta est, quare non et eam decidimus)*

*6, 27, 4 *(quaerebatur inter prudentes — nobis — altercationem decidentibus — visum est)*

*6, 29, 3 *(quod certatum est apud veteres, nos decidimus)*

*6, 29, 4 *(iurgium antiquis interpretatoribus legum exortum est. nobis eorum sententias decidentibus)*

*6, 37, 23 pr. *(cum quaestio talis — animos veterum movit — nos huiusmodi computationes — sopiendas censemus)*

6, 37, 23 § 2 *(sed et aliam disceptationem iuris antiqui — decidere nobis humanum esse apparuit)*

*7, 4, 16 *(dubitabatur ab antiquis — sancimus)*

7, 4, 17 *(veteres iuris interpretes dubitabant — talem altercationem resecantes miramur)*

*7, 5, 1 (s. ob. S. 4)

7, 7, 2 *(huiusmodi incidit quaestio — et semel accepta dubitationis occasione hoc vetustas in magnum extollit certamen)*

531

V k. Mart. 4, 21, 21? *(ne diutius dubitetur — sancimus)*

pr. —— 4, 37, 6 *(apud veteres dubitatum est — sancimus)*

ohne Datum 4, 37, 7 *(sancimus veterum dubitatione semota)*

prid. k. Mai. *6, 27, 5 pr. § 1[1]) *(dubitabatur — sed antiquitatem haec altercantem relinquendum est. nobis autem alius modus huiusmodi decisionis inventus est)*

---

[1]) Diese Bestimmung wird in c. 6 angeführt mit den Worten: decisione nostra.

6, 27, 5 § 1 d *(sed cum veteres et aliam proposuerunt ambiguitatem — nos — indulgemus)*

6, 27, 5 § 3 *(quae iuris nostri definitio etiam ad aliam speciem dubitatam benigne extendatur)*

*6, 30, 20 *(quaerebatur apud veteres — similique modo dubitabatur — utramque igitur dubitationem simul decidendam esse censemus)*

*6, 30, 21 *(dubitatio veteribus exorta est — nos eorum discordiam sic esse decidendam censemus)*

*6, 35, 11 *(cum — veteres movit — quaestio, necessarium nobis visum est etiam haec dirimere)*

*6, 37, 24 *(quaerebatur — iterum certabatur — sancimus)*

*6, 38, 4 *(dubitabatur — non solum iuris auctores, sed etiam ipsae principales constitutiones — inter se variasse videntur)*

6, 42, 31 *(quaerebatur — tota igitur antiqua dubietate super hoc explosa nobis — placuit)*

6, 46, 6 *(quaerebatur inter antiquos — veterum dubietate quiescente nobis placuit)*

6, 46, 7 *(apud Ulpianum dubitabatur — videtur autem nobis)*

IV. k. Aug. 6, 25, 8 *(omni dubitatione veterum explosa sancimus)*

6, 25, 10 *(dubitabatur — nos dubitationem resecantes — censemus)*

6, 26, 10 *(dubitabatur apud antiquos legum auctores — nos — Sabini veriorem sententiam existimantes — censemus)*

6, 26, 11 *(quaerebatur — alia applicata dubitatione — nobis videtur)*

k. Sept. 1, 3, 46 *(dubitabatur — sancimus)*

2, 3, 29 *(licet antea dubitabatur — sancimus)*

*2, 41, 2 *(cum apud veteres dubitabatur — sancimus)*

3, 28, 35 § 1 *(sancimus — vetere iurgio exploso)*

3, 28, 36 § 2 *(illud praeterea sancimus — secundum Ulpiani sententiam — Herennii Modestini sententia recusata)*

3, 28, 37 [1]) *(dubitationes exortas sopiri oportet — dubitabatur — sancimus)*

---

[1]) = 6, 22, 12.

3, 31, 12 *(cumque multae varietates et controversiae veterum exortae sunt, eas certo fine concludentes sancimus)*

5, 59, 5 *(veterem dubitationem amputantes — sancimus)*

*6, 43, 3 *(dubitabatur inter veteres — sancimus)*

*8, 47, 10 *(antiquae sapientiae incidit quaedam dubitatio — ideo talem dubitationem — corrigentes sancimus)*

XV k. Nov. *3, 33, 17 *(ex libris Sabinianis quaestio nobis relata est, per quam dubitabatur — sancimus)*

4, 1, 13 *(apud antiquos quaerebatur — nobis itaque melius visum est)*

*4, 54, 9 *(sancimus, licet hoc apud veteres dubitabatur)*

*6, 23, 30 *(invenimus quasdam controversias veteribus iuris interpretatoribus exortas — solitum eis praebemus remedium sancientes)*

X k. Nov. 6, 49, 7 § 1b 1c *(apud veteres dubitabatur et Domitius Ulpianus constituendum esse putavit. sancimus itaque)*

k. Nov. 2, 3, 30 *(de quaestione tali a Caesariensi advocatione interrogati sumus — et dubitabatur — sancimus)*

*5, 11, 7 *(dubitabatur apud veteres — et in tali dubitatione multa pars legislatorum sese divisit alio etiam incremento huiusmodi quaestioni addito — utramque itaque dubitationem certo fini tradentes sancimus)*

5, 14, 11 *(quaerebatur. sancimus)*

5, 27, 12 *(quaerebatur — huiusmodi autem dubitatio et in alia specie ventilata est — in omnibus itaque talibus dubitationibus — liceat)*

6, 37, 25 *(dubitabatur — censemus)*

6, 58, 13 *(dubitatum est — huiusmodi dubitationem compendioso responso duximus esse finiendam)*

532

XV k. Nov. 3, 34, 14 *(cum talis quaestio in libris Sabinianis vertebatur — et quaerebatur — nobis placuit)*

6, 49, 8 *(quaerebatur — sancimus)*

7, 72, 10 *(cum apud veteres quaestionem ortam invenimus — huiusmodi dubitationem amputantes censemus)*

8, 10, 14 *(quandam antiquis ortam fuisse dubitationem — sancimus)*

*8, 25, 11 *(in hoc etenim casu diversae sententiae legum prudentibus habitae sunt — nobis autem visum est)*

531 oder 523

4, 34, 12 *(supervacuam veterum differentiam e medio tollentes — sancimus)*

5, 4, 28 *(apud Ulpianum quaerebatur — nos igitur — non patimur)*

7, 1, 15 *(variae dubitationes emerserunt — nobis — Ulpiani sententia admonente placuit)*

*7, 32, 12 *(ex libris Sabinianis quaestionem — tollentes definimus)*

Das wären 94 Entscheidungen.[1]) Nimmt man nun an, daß die Sammlung der decisiones sämtliche Entscheidungen umfaßt habe (und davon geht di Marzo aus), so steht man vor der Frage, wie Justinian gezählt haben mag. Diese Frage wird aber von di Marzo nicht aufgeworfen; er hat die mit dem Stern bezeichneten Entscheidungen aus der obigen Zahl herausgegriffen, spricht also den übrigen den Charakter von decisiones ab.

Zunächst hat er noch in Anlehnung an die Bemerkungen in meiner Ausgabe des Codex, daß einzelne der an demselben Tage erlassenen Konstitutionen miteinander zu verbinden seien, diese Konstitutionen, auch wenn sie ganz verschiedene Streitfragen behandeln, zusammen nur je als eine gezählt. So 5, 70, 6 mit 5, 70, 7 und 6, 22, 9; 6, 57, 6 mit 7, 4, 14; 7, 4, 16. 17 und 7, 7, 2; 6, 26, 10. 6, 26, 11 und 6, 25, 8—10; 4, 54, 9 und 4, 51, 7; 6, 25, 8 und 6, 26, 10. 11. Desgleichen werden solche Konstitutionen, welche eine Mehrzahl von Entscheidungen enthalten (6, 2, 22. 6, 27, 5. 6, 37, 13), nur je als eine in Ansatz gebracht.

Letzteres kann man gelten lassen, um so mehr als Justinian bisweilen mehrere Streitfragen in der Entscheidung zusam-

[1]) Auch 6, 51, 19 könnte noch dazu gehören, wenngleich die Fassung *(iubemus — quod veteribus legibus in ambiguitatem deductum est)* mehr an eine Neuerung anklingt.

menzieht (5, 11, 7. 5, 27, 12); ersteres kann darauf gestützt werden, daß die c. Cordi für die Aufnahme der decisiones in den zweiten Codex auch Zerlegung derselben ins Auge gefaßt hatte. In beiden Beziehungen ist aber für das Verfahren von di Marzo nur eine Möglichkeit, nicht eine Gewißheit gewonnen; die Herabminderung auf die Zahl 50 ist damit nicht erreicht.

Auch darauf habe ich vordem hingewiesen, daß manche der Konstitutionen, in denen decisiones stecken, andererseits selbständige Neuerungen damit verbinden (z. B. 3, 28, 35. 36. 3, 34, 14. 7, 1, 15); das ist aber kein ausreichender Grund, sie aus der Reihe der decisiones auszuscheiden, um so weniger als Justinian bisweilen in solchen Konstitutionen, welche zweifellos decisiones sein sollten, sich nicht der einen oder der anderen Ansicht anschließt, sondern durch eine Neuerung der Streitfrage den Boden zu entziehen sucht.[1])

Man könnte auch versucht sein diejenigen Entscheidungen auszuschließen, welche sich auf Streitfragen des nachklassischen Rechts beziehen (z. B. 1, 3, 46. 2, 3, 30. 3, 28, 37. 5, 27, 11. 6, 58, 13. 8, 4, 11). Doch fehlt jeder Anhalt dafür, daß die decisiones sich auf das klassische Recht beschränkten; auch di Marzo rechnet 6, 37, 24, welche eine jüngere Streitfrage betrifft, zu den decisiones.

Über die Entscheidungen, welche di Marzo in die Sammlung nicht aufgenommen hat, schweigt er. Nur für 5, 4, 24 begründet er die Ausschließung damit, daß sie an den Senat gerichtet sei, während die von ihm anerkannten decisiones sich an den Praefectus praetorio (Orientis) richten, und ferner damit, daß sie mit drei andern Konstitutionen desselben Tages[2]) zusammenhänge, welche keine decisiones seien. Von diesen Gründen ist keiner haltbar. Ein Zusammenhang justinianischer Konstitutionen ist nicht schon dadurch gegeben, daß sie an demselben Tage erlassen sind[3]), und weshalb eine decisio nicht an den Senat gerichtet werden konnte, ist nicht abzusehen.[4]) Auch die Bemerkung, welche di Marzo (S. 14) meiner Einbeziehung von 4, 21, 21 in die

[1]) So z. B. 6, 27, 5. 7, 4, 17. — [2]) 2, 44, 4. 3, 38, 12. 6, 25, 7. — [3]) Vgl. Zeitschrift für Rechtsgeschichte 11 S. 172. — [4]) Vgl. dagegen 5, 4, 24. 8, 21, 8.

Decisionen entgegenstellt, ich hätte Decisionen und Deklarationen verwechselt, ist unzutreffend. Die obigen Auszüge aus dem Konstitutionen-Text ergeben, daß Justinian dem Wortlaut nach regelmäßig nur auf dubitationes und ambiguitates Bezug nimmt und damit Streitfragen meint; so auch in denjenigen Konstitutionen, welche di Marzo zu den Decisionen rechnet [1]). Somit versagt auch diese Stütze für die Ausscheidung der überzähligen Decisionen, und das Endergebnis ist, daß auch der neueste Versuch die 50 Decisionen abzugrenzen mißglückt ist. Man kann aber auch die Frage aufwerfen, was wäre damit gewonnen, wenn Justinians Zählung klargestellt wird?

Mit um so größerem Erfolg ist die neuste Zeit bemüht gewesen, der Tätigkeit der Digesten-Kommission (der sog. Kompilatoren) in derselben Richtung nachzugehen und die dadurch veranlaßten Änderungen der klassischen Texte aufzudecken. Diese Forschung ist bisher nicht selbständig unternommen, sondern in Zusammenhang mit der Aufspürung der sonstigen Überarbeitungen der Juristenschriften durch die Kompilatoren, welche wir unter dem Ausdruck Interpolationen zusammenzufassen pflegen. Letztere hat uns reichen Gewinn gebracht durch Klarstellung des klassischen Rechts und der Wandlungen, welche dasselbe bis zum Abschluß der Digesten durchgemacht hat. Im folgenden soll geprüft werden, inwiefern sich für die Tätigkeit der Kompilatoren in der obgedachten Richtung Merkmale gewinnen lassen, aus denen zu erkennen ist, ob die Entscheidungen von Zweifeln und Streitfragen so, wie sie in den Digesten stehen, von ihnen ausgegangen oder von den Juristen selbst getroffen sind, bei denen sie angetroffen werden.

Die Vergleichung der vorjustinianischen Überlieferung mit den entsprechenden Digesten-Auszügen ergibt, daß die Kompilatoren getreu der Anweisung in der constitutio Deo auctore § 7, alles Überflüssige zu streichen, die breiten Anführungen der sich gegenüberstehenden Auffassungen der Juristen, wie sie sich insbesondere bei Ulpian fanden, vielfach verkürzt haben. Stießen sie dabei auf eine Entschei-

---

[1]) Z. B. 3, 33, 12. 4, 28, 7. 4, 29, 24. 4, 38, 15.

dung, der sie sich anschließen konnten, so ließen sie diese stehen, und das konnte ohne Änderung des Wortlautes geschehen [1]); aber meist ist es ohne eine solche nicht abgegangen, und solche Stellen sind es, auf die wir unser Augenmerk richten müssen.

In 7, 2, 1 § 2 (= Vat. 75, 3) sind die Worte *quae sententia vera est* an die Stelle folgender getreten: *quam sententiam neque Marcellus neque Mauricianus probant; Papinianus quoque libro XVII quaestionum ab ea recedit. quae sententia Neratii fuerit, est libro I responsorum relatum. sed puto esse veram Iuliani sententiam.* Außerdem sind dahinter noch weitere Anführungen von Ansichten und Bemerkungen Ulpians über und gegen dieselben gestrichen (Vat. 75 § 4. 5). Am Schluß des § 2 steht der von Ulpian nur zur Vergleichung herangezogene Fall (Vat. 76) als selbständiger Satz mit der Anknüpfung *idem est.*

In 9, 2, 27 § 10 ist aus dem Schluß *an aequum sit me interim actionem, id est in factum, impetrare? fortassis enim de hoc senserit Proculus. nisi quis dixerit damni non facti sufficere cautionem* gemacht worden: *damni infecti puto sufficere cautionem.*

In § 12 derselben Stelle ist der Streit zwischen Proculus und Celsus (Coll. 12, 7, 4) dadurch geschlichtet, daß statt *Celsus libro XXVII digestorum scribit — quosdam negare competere legis Aquiliae actionem, inter quos et Proculum, quasi apes dominii mei non fuerint. sed id falsum esse Celsus ait, cum apes revenire soleant et fructui mihi sint. sed Proculus eo movetur, quod nec mansuetae nec ita clausae fuerint. ipse autem Celsus ait nihil inter has et columbas interesse, quae si manum refugiunt, domi tamen fugiunt* einfach geschrieben ist *legis Aquiliae actionem competere Celsus ait.*

In 35, 2, 1 § 9 ist die Meinung Aristos gegenüber den Veteres, der sich Julian anschloß, dadurch zur geltenden gemacht, daß in *idque Iulianus probat* (Vat. 68) *recte* eingeschoben worden.

Für unsere Frage ist aus diesen Stellen kaum etwas zu gewinnen. Die Wendungen *recte probat, idem est* kehren

[1]) Z. B. 7, 2, 8.

auch bei den klassischen Juristen wieder; man sieht, daß die Kompilatoren hier bestrebt waren, den Charakter der Juristenschriften zu wahren und nicht in den Ton des Gesetzgebers zu verfallen.[1]) Doch legen die obigen Stellen eine Erklärung dafür nahe, daß in anderen Auszügen eine Frage aufgeworfen wird, deren Beantwortung zweifelhaft sei, dann aber schlankweg und ohne weitere Begründung eine so entschiedene Antwort gegeben wird, als wenn ein Zweifel gar nicht bestanden hätte.[2]) Auch hier ist wohl eine Verkürzung des Textes vorgenommen und eine mehr oder weniger selbständige Entscheidung seitens der Kompilatoren getroffen. Für manche solcher Stellen hat man schon bisher die Entscheidung auf Justinian zurückgeführt.

In 3, 3, 73 wirft Paulus eine ganze Reihe von Fragen auf; darauf folgt sofort: *sed hoc constat* ——

In 5, 3, 37 werden die von Neratius aufgeworfenen Fragen abgetan mit der Entscheidung: *sed est melius* ——.[3])

---

[1]) Dies ist auch sonst in den geänderten Stellen vermieden; nur hin und wieder verrät sich der Gesetzgeber durch Wendungen, die dem Juristen nicht anstehen würden. So in 2, 1, 19 pr. *(quod generaliter et in omnibus huiuscemodi casibus observandum est)* 4, 2, 14 § 9 *(quod cum durum videbatur, ita temperandum est, ut* *)* 6, 1, 38 *(constituimus vero* ——*)* 6, 1, 68 *(haec sententia generalis est et ad omnia sive interdicta sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet)* 7, 1, 38 *(quod usque adeo temperandum est, ut* ——*)* 7, 5, 8 *(illud etiam nobis placet* ——*)* 22, 3, 25 pr. *(res ita temperanda est* ——*)*. Zum Pluralis maiestatis vgl. Riccobono Archivio 55, 500 f. — [2]) In gleich unvermittelter Weise haben die Kompilatoren bisweilen den Aussprüchen der klassischen Juristen Neuerungen angehängt in 2, 1, 7 *sed utilitatis litigantium gratia* —— *emergat* (so A. Faber, Lenel, Kalb); 5, 3, 38 *sed benignius est* —— (Riccobono, Ferrini); 9, 2, 27 § 11 *sed haec ita* —— (vgl. Collatio); 12, 1, 20 *sed haec intellegenda sunt propter suptilitatem verborum; benignius tamen est utrumque valere* (Faber); 12, 6, 53 *sed tam benignius quam utilius est* —— (Faber); 23, 3, 9 § 1 *sed benignius est* —— (Faber, Eisele); 28, 5, 29 *sed humanius est* —— (Faber, H. Krüger); 32, 29 pr. *sed cum* —— *satis inhumanum est* —— (Faber, Gradenwitz); 38, 17, 1 § 6 *sed humana interpretatione placuit* —— (H. Krüger); 39, 15, 31 § 1 *iudicem tamen aestimaturum* ——; 43, 31, 1 § 1 *sed optinuit* ——; 45, 2, 15 *sed dicendum est, ut* —— (Faber, Eisele); 46, 1, 51 § 1 *sed humanius est* —— (Faber, Eisele). — [3]) Vgl. A. Pernice zu Bremer Iurisprudentia II, 2, 321.

In 11, 3, 14 § 9 heißt es ——— *utrum* ——— *an* ———? *et verius est* ———.[1])

In 17, 2, 63 § 5 folgt auf die Frage die bejahende Antwort in folgender Fassung: *sed magis est, ut* ———: *quae sententia habet aequitatem*[2]), ohne daß der Verfechter der Ansicht genannt worden.

23, 3, 61 § 1 *dubitari potest* ———; *sed ut expediatur quaestio* ———.[3])

25, 1, 5 § 2 *videndum est* ——— *et Marcellus admittit* ———; *sed etsi plerique negent, tamen propter aequitatem Marcelli sententia admittenda est.*[4])

29, 1, 14 *Tractabatur an* ———: *et placet* —————.[5])

30, 26 § 2 ——— *Sabinus quidem et Cassius* ———, *Proculus et Nerva* ———. *sed oportet* —————.[6])

Die gleiche Überarbeitung wird in folgenden Stellen vorliegen:

10, 2, 25 § 9 (Paulus). *An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc iudicium, dubitatur; veluti si is qui viam iter actus (actum?) stipulatus erat decesserit, quia talis stipulatio per legem XII tabularum non dividitur, quia nec potest. sed verius est non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem*[7]) *et, si non praestatur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet.*

10, 2, 25 § 22. *Si pecunia, quae domi relicta non est, per praeceptionem relicta sit, utrum universa a coheredibus praestanda sit an pro parte hereditaria, quemadmodum si pecunia in hereditate relicta esset, dubitatur. et magis dicendum est, ut id praestandum sit, quod praestaretur, si pecunia esset inventa.*

29, 2, 24 Ulp. l. VII ad Sab. *Fuit quaestionis, an pro herede gerere videatur, qui pretium hereditatis omittendae causa capit. et optinuit hunc pro herede quidem non gerere, qui ideo accepit, ne heres sit, in edictum tamen praetoris*

[1]) Vgl. Lenel Palingenesia I 1001, 1. — [2]) Vgl. Pflüger pro Roscio 136, 219. — [3]) Gradenwitz Interpolationen 73. — [4]) Segrè in den Studi in onore di Scialoja I, 271. — [5]) Faber Coniecturae 365, 2; Lenel Paling. I, 579, 2. — [6]) Gradenwitz a. a. O. S. 195. — [7]) Soweit in Übereinstimmung mit 8, 1, 17.

incidere. Wie diese Entscheidung unter Benutzung des ursprünglichen Textes zurechtgemacht worden, erkennt man aus den damit zusammenhängenden Stellen 50, 17, 6 [1]) und 29, 4, 2 pr. [2]) In § 1 der letzteren Stelle heißt es dann: *Sed utrum ab eo erit incipiendum et sic ad heredem veniendum, an convertemus ordinem? mihi videtur humanior esse haec sententia, ut possessor hereditatis prior excutiatur, maxime si lucrativam habet possessionem.* Auch diese Antwort auf die Frage halte ich für justinianisch. [3])

Bisweilen wird eine Meinung durch einen Zusatz bekräftigt. An sich hat es nichts auffallendes, daß der Jurist sich in dieser Weise der angeführten Ansicht anschließt. [4]) Daß er aber, wie es oft zu lesen ist, scheinbar seine eigene Ansicht bestätigt, darf man immer als Zeichen für einen Eingriff der Kompilatoren ansehen, sei es daß die Beziehung der bestätigten Meinung auf einen älteren Juristen verwischt ist oder daß die Bestätigung zugesetzt worden. Daß aber auch die Bestätigungen fremder Meinungen nicht durchweg echt sind, ist schon mehrfach erkannt worden.

So erweist sich die Bemerkung in 7, 1, 12 pr.: *quam sententiam puto veram* nach den Vat. fr. 71 als justinianischer Zusatz; an Stelle der Worte *quae sententia vera est* in 7, 2, 1 § 2 [5]) stand nach Vat. fr. 75: *sed puto esse veram Iuliani sententiam.*

In 1, 5, 5 § 3 heißt es *et tamen rectius probatum est;* der Jurist hatte nach Inst. 1, 4 pr. geschrieben *et Marcellus probat.*

Den Schluß von 4, 3, 7 § 3 von *sed verius est* an hat Pernice Labeo II, 1, 168, 1 als justinianisch erkannt; ebenso

---

[1]) *Non vult heres esse, qui ad alium transferre voluit hereditatem.* — [2]) *Licet pro herede gerere non videtur, qui pretio accepto praetermisit hereditatem, tamen dandam in eum actionem exemplo eius, qui omissa causa testamenti ab intestato possidet hereditatem, divus Hadrianus rescripsit.* — [3]) Zweifelnd H. Krüger in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung 19 S. 30; über den Schluß von *maxime* an vgl. di Marzo im Bullettino dell' istituto di diritto romano 17, 107. — [4]) Vgl. z. B. Vat. fr. 1 *(quod est verius)* 81 *(Papinianus quoque ——— sententiam Neratii probat, quae non est sine ratione)* 88 *(Pomponius ——— ait ———, Aristonem autem adnotare haec vera esse, et sunt vera)* Gai. 3, 64ᵃ, 183. 193. 194. 4, 1, 60. — [5]) Ob. S. 12.

A. Faber den Schluß von 10, 2, 20 § 8: *et verum est hoc, nisi aliud testator edixit*, und ferner Pampaloni Archivio 55, 509, 22 den Schluß von 15, 1, 30 pr.: *quae sententia et a nobis probanda est.*

Dahin gehört auch der Satz in 9, 2, 27 § 11: *quae sententia habet rationem*, der den Abschluß eines längeren Zusatzes zu dem durch Collatio 12, 7, 9 überlieferten Texte Ulpians bildet. Daß dieser Satz nicht etwa in der Collatio zwischen 12, 7, 9 und 10 ausgefallen ist, dafür hat schon Eisele [1]) gegenüber Huschke [2]) treffend geltend gemacht, daß der Inhalt des Anfangs dieses Zusatzes, das Halten bösartiger Sklaven sei an sich schon culpa, sachlich unhaltbar ist, daß auch die Fassung *damni eum iniuria teneri, cur tales habuit* in ihrer barbarischen Form auf die Kompilatoren hinweise. Zu beachten ist noch, daß die folgenden Worte *idem et circa inquilinorum insulae personas scribit*, welche den Anschein der Echtheit erwecken könnten und an welche obige Bekräftigung sich anschließt, an den ersten Satz von Coll. 12, 7, 9 anknüpfen, nur daß sie im Gegensatz zu der dort mitgeteilten, aber von Justinian verworfenen Ansicht des Sabinus der Meinung des Proculus angepaßt sind.

Die Wendungen, mit denen die Kompilatoren in den hervorgehobenen Stellen ihre Entscheidung einführen, wie *recte, verum (verius, verissimum) est, magis est*, weisen an sich auf ihre Einwirkung nicht hin, sondern kehren ebenso in sicher und wahrscheinlich unveränderten Stellen wieder. Auch *melius est*, welches sich in einer Reihe interpolierter Stellen findet [3]), kann ebensowohl von den Klassikern gebraucht sein. [4]) Bedenken erregt der Ausdruck *(haec sententia)* (oder *hoc*) *rationem habet; ratio* wird hierin nicht im Sinne von „Grund" gebraucht, sondern soll wie *recte, verum, magis* anzeigen, daß die fragliche Ansicht die richtige sei; in diesem Sinn ist die Wendung aus dem Vulgärlatein in die romanischen Sprachen übergegangen. Wann diese

---

[1]) Zeitschrift der Savigny-Stiftung 13, 122. — [2]) Iurisprudentia. [3]) Z. B. 2, 8, 2 § 5. 7, 8, 12 § 1. 9, 4, 8. 13, 7, 6 pr. 36, 3, 7. 40, 7, 40 § 7. 43, 4, 3 pr. — [4]) Überliefert ist es nur bei Gai. 3, 13 *(melius esse visum est)*.

Bedeutung zuerst auftaucht, ist bisher nicht klargestellt. Bei den Juristen finden sich nächstverwandt, aber noch im Einklang mit der Bedeutung „Grund" die Wendungen *rationis est*, *rationi congruere*, *ratione carere*, *ratione defendi.* Auch die Wendung *rationem habere* tritt in gleichem Sinn auf, z. B. in D. 35, 1, 3 § 1 *(sed haec differentia illam habet rationem)* 16, 3, 1 § 4 *(haec autem separatio causarum iustam rationem habet)* 29, 7, 10 *(rationem illam habet, ne)*; so ferner bei Javolen in D. 40, 7, 39 § 4 *(sententia rationem quidem habet, sed hoc iure utimur)* und bei Terentius Clemens D. 31, 53 § 2 *(quod sane magis rationem habere videtur)* und Paulus D. 7, 8, 18 *(quae distinctio rationem habet)* und negativ bei Gaius (?) D. 49, 14, 14 *(quod aperte nullam habet rationem)*, bei Paulus D. 4, 8, 32 § 20 *(quod nullam rationem habet).* Die obige Bedeutung begegnet erst in Auszügen aus Ulpian; es wird sich fragen, ob die Wendung in diesen Stellen wie in 9, 2, 27 § 11 (oben S. 16) auf die Kompilatoren zurückgeht oder Ulpian selbst zuzuschreiben ist.

In 7, 4, 3 § 2 (Ulpian) wird die Entscheidung Papinians in der gedachten Weise bestätigt. Dahinter folgt eine Begründung, deren justinianischer Ursprung schon von anderer Seite hervorgehoben worden[1]); auch die ebenso nichtssagenden wie autoritativen Schlußworte *placet enim nobis ei qui amittit usumfructum ex eo quod amittit nihil adcrescere* bestätigen dies.[2]) Damit wird wahrscheinlich, daß auch die einleitende Bestätigungsformel nicht von Ulpian herrührt.

7, 9, 7 (Ulpian) *Si ususfructus nomine re tradita satisdatum non fuerit, Proculus ait posse heredem rem vindicare, et si obiciatur exceptio de re ususfructus nomine tradita, replicandum erit. quae sententia habet rationem; sed et ipsa stipulatio condici poterit.* Daß die Condictio stipulationis angeflickt ist, haben bereits Pernice[3]) und Pflüger[4]) hervorgehoben; das gleiche wird man von der voraufgehenden Bestätigung sagen dürfen.

[1]) Arnò im Archivio 55, 303, vgl. Ferrini Legati 674; a. M. Schneider Krit. Vierteljahrsschrift 1901 S. 249, vgl. Bullettino dell' istituto di diritto romano 9, 23 f. — [2]) Pampaloni Archivio 55, 517. — [3]) Labeo III 203, 5. — [4]) Zeitschrift der Savigny-Stiftung 18, 84. 25, 228, 4.

Daß in 13, 6, 7 § 1 der Schluß: *nisi forte quis dixerit agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est; quod videtur habere rationem* justinianisch ist, darin stimmen Alibrandi[1]), Eisele[2]) und Pernice[3]) überein.

Nach der Meinung von Vindius in 35, 2, 32 § 4 (Scaevola responsa) kann der Legatar, dem das Vermächtnis gemäß der lex Falcidia gekürzt ist, den ihm auferlegten Vermächtnissen einen verhältnismäßigen Abzug machen. Dazu heißt es: *quae sententia et aequitatem et rationem magis habet, quia exemplo heredis legatarius ad fideicommissa praestanda obligatur.* Daß das Scävola nicht gesagt hat, ergibt die widersprechende Entscheidung desselben Falls in seinen Digesta (33, 1, 21 § 1).[4])

Der Interpolation verdächtig ist das rationem habere in 15, 1, 19 § 2 wegen der wenig zutreffenden Begründung; ferner in 11, 7, 2 § 8 und 12, 2, 9 § 6 als Bestätigung der eigenen Meinung; in 18, 3, 4 § 1 wegen des auf *ait* folgenden *ut (sed quod ait Neratius, habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur)*[5]); in 27, 3, 5 wegen des Konjunktivs in der Begründung *(quia turpiter accepta sit).* In 24, 1, 5 § 15 gerät der Schluß *quae sententia habet rationem* usw. in einen Gegensatz zu der voraufgehenden Bemerkung *et rectam rationem huic sententiae Celsus adiecit* usw., insofern die hier gegebene Begründung bei jeder Vollauszahlung des Vermächtnisses, dem ein Abzug gemacht werden könnte, die Annahme einer Schenkung ausschließt, während der folgende Satz dies nur für den Fall gelten läßt, wenn der Erbe von dem Rechte auf die Pegasianische Quart keinen Gebrauch macht.

Außer in diesen sicher oder wahrscheinlich interpolierten Stellen findet sich aber das rationem habere in dem fraglichen Sinn doch in vielen Auszügen aus Ulpian, welche sonst keinen Anhalt für die Annahme einer Interpolation

[1]) Opere I 190. — [2]) Zivil. Archiv 79, 385. — [3]) Labeo II 1, 273. — [4]) Vgl. Gradenwitz Interpolationen 178 f. Anders Ferrini Legati 105, 3. — [5]) Der folgende Satz *(igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit)* ist schon von A. Faber, Eisele und A. Pernice angefochten worden.

dieser Worte bieten. Dahin gehören 4, 8, 21 § 4; 7, 1, 12 § 4; 14, 5, 4 § 5; 17, 1, 12 § 5; 19, 1, 32; 20, 1, 21 § 1; 28, 5, 6 § 4; 28, 6, 10 § 6; 34, 2, 19 § 3; 35, 3, 1 § 6; 37, 10, 3 § 13; 39, 2, 13 pr.; 41, 9, 1 § 4; 42, 4, 3 pr. Auch 10, 3, 7 § 8, wo die Worte *quod habet rationem* scheinbar die eigne Meinung bestätigen, wird unbedenklich, wenn man mit Kipp[1]) das Voraufgehende nicht als Äußerung Ulpians, sondern ebenso wie § 5. 6 als aus Julian übernommen ansieht. Somit bietet auch die Anerkennung einer Meinung als der richtigen durch *rationem habere* keine sichere Stütze für Annahme einer Interpolation.

[1]) Krit. Vierteljahresschrift n. F. 14, 523.

UN DOCUMENT SUR L'EDIT ANTERIEUR A JULIEN.

Valerius Probus, De litteris singularibus, 5, 1–24.

par

P. F. Girard.

Parmi les recueils d'abréviation et les glossaires qui nous ont conservé des débris de la langue juridique de Rome, la première place appartient au petit ouvrage systématique du contemporain de Néron et des Flaviens M. Valerius Probus [1]), qui, dans son texte actuel, rapporte, à la suite des abréviations usitées pour les prénoms, celles contenues dans les actes législatifs, dans les *legis actiones* et dans les édits perpétuels. C'est un document fort court, qui ne nous est parvenu qu'après avoir subi plus d'une mutilation, notamment après avoir perdu la fin de la partie des abréviations édictales, ainsi qu'a depuis longtemps fait remarquer Mommsen, qui a même trouvé le moyen d'en

[1]) Cf. sur sa biographie Teuffel, *Gesch. d. römisch. Literatur,* II [5], 1890, § 300, n. 2; Schanz, II, 2 [2], 1901, p. 338, et la *Prosopographia imperii Romani,* III, 1898, p. 374, n° 117. On le place souvent plus étroitement au temps de Néron en partant d'un passage de la Chronique de Saint Jérome qui met l'apogée de sa carrière en l'an 2072 d'Abraham = 56 ap. J. C. (2073 = 57 selon le ms. de Valenciennes suivi par l'éd. Schoene et par Schanz); mais la source unique de la chronique est, sans doute, pour cette allégation, comme pour tous ses renseignements relatifs à la littérature latine (v. les renvois dans Schanz, IV, 1904, p. 403) l'ouvrage de Suétone *de viris illustribus*; or, si la biographie de Probus s'y trouvait, à la fin des vies des grammairiens, à la suite de celle du grammairien du temps de Tibère et de Néron Q. Remmius Palaemo, il s'arrêtait, sans doute, comme les vies des Césars, seulement à la fin du règne de Domitien. D'autre part, Probus parait bien avoir vécu jusque sous le règne de Domitien, non pas seulement parce qu'un passage de Martial (3, 2, 12) qui, dans son interprétation la plus naturelle, le suppose encore vivant, a été écrit entre l'an 86 et l'an 88 (*Prosopographia*, III, p. 360, n° 77), mais surtout parce qu'il ne peut guère avoir eu auparavant pour élèves des hommes connus personnellement d'Aulu-Gelle vers le milieu du II[e] siècle que celui-ci dit avoir été ses disciples (1, 15, 18; 9, 9, 12; 13, 21, 1—8; Favorinus: 3, 1, 5; Annianus: 6, 7, 3) d'ailleurs peu avant sa mort (1, 15, 18).

combler partiellement les lacunes à l'aide d'autres extraits enfouis au milieu d'abréviations de basse époque, dans un manuscrit d'Einsiedeln. Mais, tout bref et incomplet qu'il puisse être, c'est un document d'une valeur singulière et bien légitimement reconnue.

En particulier pour les abréviations tirées des édits, il suffit de feuilleter les deux ouvrages, d'ailleurs si différents de Rudorff et de Lenel pour apercevoir le soin justifié avec lequel tous deux ont relevé tant les citations qui sont encore aujourd'hui dans le paragraphe des édits de Probus que celles conservées exclusivement dans les extraits d'Einsiedeln. Et l'intérêt s'accroît encore lorsque l'on réfléchit que, par la date même à laquelle vivait Probus, ces fragments sont rattachés non pas à l'époque postérieure à Hadrien pour laquelle nous avons les abondants matériaux dont Lenel a tiré sa reconstruction puissante de l'édit de Julien, mais à cette période antérieure à la codification de Julien pour laquelle quelques rares indices nous permettent seuls d'entrevoir la structure de l'ancien album; quand on remarque même que, d'après une abréviation d'Einsiedeln qui s'explique à peu près forcément comme un nom d'auteur[1]), les abréviations édictales de Probus ont assez probablement été prises dans les *libri ad edictum* du jurisconsulte Sex. Pedius dont quelques citations sont restées au Digeste.[2]) Le jour où l'on voudra sérieusement partir de la restitution déjà acquise de l'édit de Julien pour ar-

[1]) Notes d'Einsiedeln (S 25) S. P. M. = *Sexti Pedii Medivani* (Huschke: Medmani). Il nous parait comme à Huschke, *Iurisprudentia anteiustiniana*, ed. 5, 1886, p. 143, Karlowa, *Rechtsgeschichte*, I, 1885, p. 695, et Lenel, *Palingenesia*, II, p. 1, n. 1, impossible de rapporter cette abréviation à un Pedius autre que le jurisconsulte, que les informations fournies par le Digeste placent en effet entre le temps de Tibère et celui d'Hadrien (p. 42, n. 4).

[2]) Lenel, *Palingenesia*, II, p. 1. et ss. v.° Sextus Pedius, n°s 1—50. On ne connait de lui, en dehors de là, d'autre ouvrage qu'un traité *de stipulationibus*, que Ferrini pensait même avoir été une partie de son Commentaire de l'édit. Cela rend sinon sûr, au moins probable que c'est pour des abréviations extraites de ses *libri ad edictum*, que le cite Probus, si cela laisse d'autant plus ouverte la question de savoir d'où Probus a tiré les abréviations juridiques des paragraphes précédents, en particulier de celui des *legis actiones*.

river à une restitution quelconque de l'édit antérieur, les fragments de Probus seront étudiés avec autant de soin et sans doute avec autant de résultats pour la connaissance de l'édit, variable en droit et stable en fait, du Ier siècle, qu'ils l'ont déjà été pour celle de l'édit pratiquement et légalement définitif du IIe.

Dans cet article dédié au glorieux doyen des études de procédure romaine, mon intention est uniquement de signaler le profit qu'on pourrait, je crois, tirer et qu'on n'a pas encore tiré, pour l'étude des abréviations édictales de Probus, d'une particularité qui sépare les fragments de lui demeurés à leur place dans ce qui nous reste de son ouvrage original, des fragments contenus dans toutes les autres collections d'abréviations, y compris le manuscrit d'Einsiedeln.

A la différence de toutes les autres abréviations qui nous ont été transmises, celles-là ne sont pas disposées dans l'ordre alphabétique, et en conséquence on peut chercher pour elles et pour elles seules l'ordre indépendant de l'ordre alphabétique dans lequel elles sont classées, ainsi pour nos abréviations édictales, le plan d'après lequel elles ont été mises à leur place présente dans l'ouvrage de Probus, ou plutôt dans la source où Probus a puisé, dans l'ouvrage juridique quelconque, probablement celui de Pedius, où le grammairien Probus a dû aller prendre ses abréviations juridiques. C'est ce que je vais essayer de faire ici en reproduisant d'abord le texte du paragraphe de Probus relatif aux édits perpétuels qu'il faut bien mettre pour la démonstration sous les yeux des lecteurs, puis en expliquant comment on peut, à mon avis, rétablir le plan auquel il se rattache, et enfin en indiquant sommairement les conséquences qui peuvent être tirées de cette restitution.

I

Le texte de Valerius Probus a été établi au XIXe siècle par l'illustre Mommsen en partant de mss. récents plus ou moins corrompus, — les deux plus purs sont l'Ambrosianus J. 115 sup. et le Chigianus I, VI, 204, — que Mommsen considérait comme appartenant à la fin du XVe siècle ou au début du XVIe et qu'il a montré provenir tous

d'une copie prise par Cyriaque d'Ancone, — entre 1442 et 1443, pensait-il —.[1]) Depuis M. Sabbadini a démontré que l'Ambrosianus est un peu plus ancien; car il est venu à la Bibliothèque ambrosienne de l'archevêque de Milan Francesco Pizzolpasso, mort en 1442[2]): ce qui conduit à le rejeter dans la première moitié du XV[e] siècle et à faire remonter la découverte de Cyriaque d'Ancone à quelques années plus-tôt, mais ce qui ne nous parait pas atteindre pour le surplus les conclusions de Mommsen.[3]) Le paragraphe relatif aux édits perpétuels, tel qu'il a été publié par lui et qu'il se re-

[1]) Th. Mommsen, *Berichte* de l'Académie de Saxe, Leipzig, V, 1853, pp. 91—134, et *Grammatici Latini*, ed. Keil, VI, 1864, pp. 265—276 (cf. pp. 315—330). Dans le premier travail, Mommsen a, pour la première fois, rendu utilisable le texte systématique original de Probus, en l'isolant du faux Probus alphabétique que lui mélangeaient toutes les éditions antérieures, et signalé les suppléments précieux fournis, pour sa partie finale perdue, par le dictionnaire alphabétique conservé dans le ms. d'Einsiedeln, n° 326, qui contient, à côté d'abréviations venant du recueil dit de Papias, des abréviations indépendantes, provenant à la fois de la partie conservée et de la partie perdue de l'ouvrage de Probus. Dans le second, il a donné du texte une édition meilleure à l'aide des mss. de Rome et de Milan retrouvés par lui dans l'intervalle. C'est particulièrement dans le premier article, pp. 315—316, que Mommsen a: 1° fait ressortir le lien manifeste de filiation existant entre les mss. italiens postérieurs au début du XV° siècle qui donnent l'ouvrage systématique sous le nom de Probus inconnu aux mss. alphabétiques, et les *Valerii Probi notas iuris* qu'Olivieri, *Commentariorum Cyriaci Anconitani nova fragmenta*, Pisauri 1763, p. 1, n. 2, signale sans les reproduire comme se trouvant à côté de copies d'autres courts fragments, dans le volume des souvenirs de voyage de Cyriaque d'Ancone intitulé *Tuscorum Ligurumque;* 2° conclu de là que le ms. dans lequel Cyriaque avait pris cette copie, qui lui parait la source de toutes les copies existantes du vrai Probus, aurait été découvert par lui-même dans le voyage d'exploration qu'il fit en Italie septentrionale en 1442 et 1443; mais il reproduit sommairement les mêmes idées, *Gramm. Lat.* IV, pp. 268—269.

[2]) Sabbadini, *Spogli Ambrosiani*, dans *Studi Italiani di filologia classica*, XI, 1903, pp. 294—295.

[3]) M. Sabbadini, dans son livre postérieur sur *Le Scoperte dei codici Latini e Greci ne' secoli XIV e XV*, 1905, cite à la p. 121, le ms. de Milan des *Notae iuris* de Probus comme étant non seulement le ms. le plus ancien, mais la seule source de ce texte et il ne nomme pas, à la p. 123, les *Valerii Probi notas iuris* parmi les

trouve en termes sensiblement identiques dans toutes les éditions postérieures [1]), porte:

5. In edictis perpetuis haec:

1.	I. D. P. E.	iure dicundo praeerit
2.	I. D. C.	iuris dicundi causa
3.	Q. R. F. E. V.	quod recte factum esse videbitur
4.	V. B. A.	viri boni arbitratu
5.	D. M. F. V. C.	dolo malo fraudisve causa
6.	I. D.	iudicium dabo
7.	I. D.	iuris dictio
8.	Q. E. R. E. T. P. I. R. D. T. Q. P. D. T. D. D. P. F.	quanti ea res erit, tantae pecuniae iudicium recuperatorium dabo testibusque publice dumtaxat decem denuntiandi potestatem faci*am*
9.	Q. S. S. S.	quae supra scripta sunt
10.	I. C. E. V.	iusta causa esse videbitur
11.	N. K. C.	non calumniae causa

mss. découverts par Cyriaque. Cependant, puisqu'il signale là comme découverts par Cyriaque dans son voyage de Haute-Italie de 1434—1435 (De Rossi, *Inscr. Christ. urbis Romae*, II, 1, 1888, pp. 361—362) précisément les autres morceaux de Monza, de Vercelli, de Reggio, qu'Olivieri indique comme trouvés par lui dans le volume *Tuscorum Ligurumque* et que Mommsen considérait en conséquence comme copiés par Cyriaque en 1442 et 1443, il n'y aurait pas plus de difficulté à rapporter au même voyage de 1434—1435 la découverte des *notae iuris*. L'interprétation, qui ne nous semble pas, à vrai dire, au dessus de tout doute (cf. De Rossi, pp. 365—366) est bonne partout ou ne l'est nulle part. Mais, en tout cas, l'Ambrosianus appartient, en dépit de sa pureté particulière, trop étroitement au groupe des mss. dont Mommsen a établi la liaison avec la découverte de Cyriaque pour qu'on puisse à notre avis l'en détacher. Tout au plus pourrait-on y voir une copie indépendante du ms. copié quelques années plus tard par Cyriaque: ce qui ne changerait pas la position essentielle du problème et ne nous interdirait pas de pouvoir légitimement désigner du nom usuel et connu de ms. de Cyriaque l'ancêtre commun des mss. aujourd'hui existants du Probus authentique.

[1]) *Gramm. Lat.*, ed. Keil, IV, pp. 274—275. Huschke, ed. 5, pp. 139—140. P. Krueger, *Collectio librorum iuris anteiustiniani*, II, 1878, p. 145. Girard, *Textes de droit romain*, 3e ed. 1903, p. 198. Il nous a paru suffisant d'indiquer par des lettres italiques des corrections unanimement admises.

12. C. C. consilium cepit vel causa cognita
13. F. C. fraudare creditores vel fiduciae causa vel fidei commissum
14. P. C. patres conscripti vel pactum conventum vel pecunia constituta
15. C. V. centumviri vel clarissimi viri
16. S. T. A. sine tutoris auctoritate
17. T. A. tutore auctore
18. F. E. D. factum esse dicetur
19. H. S. haec sic vel hora secunda
20. Q. A. M. quem ad modum
21. Q. M. quo modo vel quo magis
22. P. P. L. V. pro praed*e* litis vindic*iar*um
23. I. S. iudicium solvi
24. B. E. E. P. P. V. Q. I. bona ex *edicto possideri proscribi venirique iubebo.*

II.

Le fait même que les abréviations édictales ne sont pas chez Probus dans l'ordre alphabétique pose la question de savoir quelle est la raison de l'ordre dans lequel elles sont, la question de savoir pourquoi elles se trouvent là dans la succession que Probus leur a donnée ou que beaucoup plus probablement leur donnait déjà dans l'ensemble l'ouvrage que dépouillait Probus et où il a dû les relever au fur et à mesure qu'il les rencontrait, dont il a donc dû reproduire grossièrement le plan par cela seul qu'il ne s'appliquait pas à le modifier.

Seulement, si la question peut rationnellement se poser, on n'a pas jusqu'a présent tenté de la résoudre et il est assez aisé de deviner pourquoi. C'est sans doute à raison de l'obstacle que paraît mettre à tout essai d'identification le caractère banal et morcelé des citations. Dans toute la section des édits, il n'y a que deux fragments un peu étendus: le n° 8 relatif aux actions récupératoires et le n° 24 en partant duquel M. Mommsen regarde l'ouvrage de Probus comme nous étant parvenu privé de sa fin. Toutes les autres citations sont faites de groupes minuscules de deux ou trois mots d'aspect si insignifiant, si peu original

qu'il semble impossible de découvrir un motif de les rapporter à une matière plutôt qu'a une autre. Ce sont des débris que leur éparpillement en poussière soustrait, pourrait-on dire, à toute restitution. Que l'on considère des articles comme les nos 9 *quae supra scripta sunt*, 10 *iusta causa esse videbitur*, 7 *iuris dictio*, 6 *iudicium dabo*, 18 *factum esse dicetur*, 20 *quem ad modum*, 11 *non calumniae causa*, 4 *viri boni arbitratu*, comme en somme tous nos articles sauf les nos 8 et 24. Sauf ces nos 8 et 24, dont le premier lui-même est, malgré sa longueur, si peu facile à mettre à sa place que personne encore n'est arrivé à dire, avec preuve à l'appui, à quel procès il se rapporte, tous nos articles peuvent, du plus au moins, se trouver dans l'édit en nombre d'endroits différents, et ils semblent en conséquence échapper aux investigations, rendre le problème insoluble en se prêtant à trop de solutions, comme il arrive en face d'une équation à plusieurs inconnues ou d'une question d'arithmétique dont l'un des termes a été omis. En sorte que, sans se mettre en peine de chercher l'affectation propre de ces divers articles, on s'est ordinairement contenté de les prendre dans le recueil de Probus, comme on prend des matériaux de construction dans une carrière, pour les incorporer à son gré dans les diverses clauses de l'édit où l'on trouvait commode de s'en servir.

Cependant, s'il est vrai qu'il n'y a pas d'écriture secrète qui ne puisse être déchiffrée avec suffisamment de patience et d'attention, il paraît à la réflexion difficile qu'il n'existe absolument aucun indice permettant de discerner le mode de disposition de fragments relativement aussi nombreux que nos vingt-quatre articles et se référant à un texte aussi connu aujourd'hui que l'édit prétorien. Il s'agit seulement, comme pour le déchiffrement des écritures secrètes, d'arriver à se ménager une base de recherches, à dégager un premier point certain, à obtenir un premier résultat partiel, si minime qu'il soit, duquel on puisse partir pour résoudre plus ou moins complètement le problème, et j'ai déjà dit incidemment ailleurs[1]) quel est, à mon avis, ce premier élément pour notre § 5.

[1]) *Nouvelle Revue historique de droit*, 1904, p. 164, n. 1.

C'est que, si les articles de Probus paraissent, à première vue et isolément, trop brefs et trop amorphes pour autoriser une identification exclusive, on peut, avec un peu plus d'attention, reconnaître que certains d'entre eux pris à la file constituent de petits groupes de fragments consécutifs se rapportant à une matière commune avec laquelle, le rapprochement une fois signalé, leur relation est au contraire sûre.

Ainsi les nᵒˢ 9 *quae supra scripta sunt*, 10 *iusta causa esse videbitur*, 11 *non calumniae causa* paraissent, pris isolément, des termes trop neutres, trop vagues pour qu'on en puisse découvrir l'affectation. Mais nous savons que, dans la rédaction de Julien et par conséquent aussi dans la rédaction antérieure où les mêmes édits se succédaient déjà sensiblement dans le même ordre [1]), l'édit prétorien qui traitait à deux reprises de la *cautio damni infecti*, d'abord au titre de la juridiction municipale (titre I de Lenel) et ensuite au titre général du *Damnum infectum* (titre XXIX de Lenel) contenait, dans les dispositions s'y rapportant, précisément les trois membres de phrase que nous trouvons ici à la file, les mots *quae supra scripta sunt*, *iusta causa esse videbitur* et *non calumniae causa*. Ce ne peut pas être par hasard qu'ils se trouvent groupés de la même façon dans les nᵒˢ 9, 10, 11: ils ne peuvent être venus là dans cet ordre que de l'un des deux endroits où l'ouvrage sur l'édit utilisé par Probus, probablement celui de Pedius, s'occupait du *damnum infectum*, ou bien de l'endroit du titre de la juridiction municipale ou bien de celui du titre *De damno infecto*. [2])

[1]) C'est l'idée communément admise: on verra plus loin pourquoi et jusqu'à quel point elle nous parait exacte.

[2]) D. 39, 2, 4, 7, Ulpien, *1 ad ed.* (Lenel, 184): *In eum qui quid eorum quae supra scripta sunt non curaverit . . . iudicium datur.* D. 39, 2, 7, *pr.* Ulpien, *53 ad ed.* (Lenel, 1271): *Praetor ait . . . non calumniae causa se postulare . . . cum iusta causa esse videbitur etiam possidere iubebo.* Nous ne méconnaissons pas naturellement que les trois termes ne se trouvaient sans doute pas tous trois aux deux endroits de l'Album, puisque le nº 9 ne se trouve pas dans la version de l'édit du titre XXIX donnée par Ulpien, D. 39, 2, 7, *pr.* et que le préteur ne déléguait pas aux magistrats munici-

De même, dans le titre *De integrum restitutionibus*, X de Lenel, il est question sous la rubrique *Quod falso tutore*, à la fois de l'*in integrum restitutio* accordée au pupille contre ce *quod falso tutore auctore gestum est*, dit le Digeste, contre le *iudicium quod falso tutore auctore acceptum est*, disait plus probablement l'édit, et de l'action promise par le préteur contre celui qui *cum tutor non esset*, *dolo malo tutor factus esse dicetur.*[1]) Nous trouvons l'une à côté de l'autre, aux n°s 17 et 18, dans le même groupement que sous la rubrique *quod falso tutore* du titre *De in integrum restitutionibus*, les abréviations *tutore auctore* et *factum esse dicetur* que précède même, au n° 15, l'abréviation de *sine tutoris auctoritate*. Il est bien impossible que ces abréviations se trouvent réunies là sans cause. Elles appartiennent au paragraphe de l'*in integrum restitutio* contre le tuteur, où les mots *sine tutore auctore* étaient dans une disposition perdue et où les mots *tutore auctore* et *factus esse dicetur* dont une corruption légère a fait *factum esse dicetur* sont dans les parties connues des édits sur l'*in integrum restitutio* et sur l'action.

Il y a même encore un autre édit du titre *De in integrum restitutionibus* dont les termes ont été mis à contribution au même endroit. C'est l'édit sur la *restitutio in integrum ob fraudem creditorum* promise par le préteur, outre l'action paulienne et l'interdit fraudatoire, aux créanciers du *fraudator*. A la vérité, nous mettons ici le pied sur un terrain tout encombré de controverses, et par ex. M. Lenel, qui niait dans son édition allemande l'existence de cette *in integrum restitutio* que les compilations de Justinien ne mentionnent pour ainsi dire que dans un paragraphe des Institutes, la place aujourd'hui dans la partie

---

paux le droit de prononcer le second décret auquel se rapporte le n° 10. Mais il suffit pour le groupement qu'ils se soient trouvés dans l'un ou l'autre des deux édits. Tout au plus pourrait-on se demander si le rapprochement vient du jurisconsulte ou du collecteur d'abréviations auquel ces rapprochements sont familiers (p. 34 et ss.).

[1]) D. 27, 6, Rubrique: *Quod falso tutore auctore.* D. 27, 6, 7, *pr.* Ulpien, *12 ad ed.* (Lenel, 423): *Praetor ait: in eum qui . . . dolo malo auctor factus esse dicetur.*

de l'Album relative à l'exécution en lui rapportant tous les textes relatifs à l'action paulienne personnelle.[1]) Mais, en dehors d'autres raisons qui nous empêchent de lui rapporter les textes dont M. Lenel dépouille à son profit l'action personnelle[2]), l'édit relatif à cette *in integrum restitutio* devait, s'il existait, se trouver, d'après une règle à laquelle on ne connait pas d'exception, dans la partie préliminaire de l'Album, au titre *De in integrum restitutionibus* et c'est à lui que se rattachent naturellement deux abréviations que l'on rencontre presque immédiatement avant celles relatives à l'*in integrum restitutio* contre le *falsus tutor* et qui se trouvent même ainsi constituer de véritables témoignages de son existence et de son emplacement: le n° 12 *consilium cepit*, relatif au *consilium fraudis* nécessaire à côté de l'*eventus damni* qour qu'il y ait *fraus* et le n° 18 *fraudare creditores.*[3])

---

[1]) Lenel, *Edictum,* ed. allemande et française, §§ 225 et 268; *Straßburger Festgabe für Schulze,* 1903, pp. 1—23.

[2]) V. Girard, *Manuel de droit romain,* 4e ed. 1906, pp. 425, n. 1. 427, n. 1. et surtout S. Solazzi, *Bull. dell'Ist. di diritto Romano,* XV, 1903, pp. 129—143.

[3]) Les termes *fraudare creditores* et *consilium cepit* sont en réalité en eux-mêmes un argument indépendant en faveur de l'existence d'un édit sur l'*in integrum restitutio* distinct tant de l'édit du § 225 de Lenel que de la formule de l'interdit fraudatoire; car ils ne se trouvent ni dans l'interdit, ni dans l'édit, ni à notre connaissance, dans aucune autre disposition conservée de l'Album. A la vérité M. Lenel invoque deux fois l'abréviation F. C. = *fraudare creditores:* II; p. 245, n. 9 sur le § 268, relatif à l'interdit fraudatoire, et II, p. 170, n. 3, sur l'édit du § 220 relatif à l'exception du *bonorum emptor.* Mais, pour l'interdit fraudatoire, il y a *fraudandi causa* au passage où il fait le rapprochement et il y a *fraudem creditorum* à la rubrique. Il n'y a pas *fraudare creditores.* Pour l'édit sur l'exception du *bonorum emptor,* D. 42, 5, 25, où Lenel admet la correction de Mommsen *consilium f(raudandorum) c(reditorum) ceperit* au lieu de *consilium receperit,* il y aurait dans cette restitution *fraudandorum creditorum;* il n'y aurait pas *fraudare creditores.* Or Probus rapporte les mots exprimés par les abréviations, aveuglément, sans y rien changer, sans le moindre souci de ramener les verbes à l'infinitif présent ni les substantif au nominatif singulier. La preuve en est dans ces deux nos où le premier verbe est reproduit à l'infinitif et le second à la troisième personne du singulier du parfait de l'indicatif. V. de même par ex. le n° 1 *iure dicundo praeerit* et non *praeesse,* le n° 5 *iudicium dabo* et non *dare.*

Enfin ces premiers exemples autorisent à leur tour, à des conclusions du même genre pour d'autres groupes: ainsi pour les n°s 22 *pro praede litis vindiciarum* et 23 *iudicatum* (par corruption *iudicium*) *solvi*, qui sont évidemment rapprochés à raison du rapport des deux cautions données l'une au cas de procédure par *sponsionem* et l'autre au cas de procédure par formule petitoire et qui appartiennent donc ou bien au titre *De satisdando*, XII de Lenel, dans lequel le préteur permettait d'exiger ces deux promesses, ou bien au titre XLV, *De stipulationibus*, dans lequel il en donnait les formules, au premier plutôt qu' au second notamment si l'on remarque l'abréviation précédente n° 20 *quem ad modum* qui éveille si naturellement l'idée d'une rubrique *quem ad modum satis detur*, pour ne rien dire du n° 21 *quomodo*, qui ne résisterait pas davantage à une localisation analogue, mais que nous croyons s'expliquer autrement.

A la fin de ce premier travail, on n'a certainement pas encore un classement général des fragments. Mais on a un certain nombre de groupes de textes visiblement rassemblés, en dehors de toute autre considération, par la communauté de provenance. Et c'est là, je crois, la clef du problème, pour la solution complète duquel il suffit de s'inspirer de deux idées complémentaires moins importantes. La première est que les préoccupations propres du collecteur d'abréviations ont dû souvent le conduire à rapprocher, soit pour des raisons de forme, soit pour des raisons de fond, de l'abréviation qu'il reproduisait une autre abréviation qu'il trouvait à un autre endroit de sa source. La seconde est qu'en revanche, en vertu du caractère même de son travail, dépouillant le livre de Pedius ou tout autre ouvrage où il trouvait le texte officiel de l'édit pour en tirer les abréviations édictales, il a dû en principe [1]) y prendre chaque abréviation la première fois qu'il l'y a rencontrée.

[1]) Naturellement il peut y avoir des exceptions résultant par exemple de la nécessité de réparer un oubli ou de toute autre cause. Ainsi au n° 12, après *consilium cepit* du titre X, les mots *causa cognita* que l'abréviateur avait déjà rencontrés au titre III, *De edendo*, § 9, au sujet de l'*editio argentarii* et probablement au titre I, § 3, au sujet du *damnum infectum* (V. p. 38, n. 3).

La première observation s'applique par exemple évidemment quand, dans un même numéro, il cite plusieurs formules exprimées par la même abréviation: 13. *F. C. fraudare creditores vel fiduciae causa vel fideicommissum*, où *fraudare creditores* a appelé *fiduciae causa* et *fidei commissum*; 14. *P. C. patres conscripti vel pactum conventum vel pecunia constituta*, où *patres conscripti* étranger à l'édit est évidemment une répétition maladroite de l'abréviation du § 2, *P. C. patres conscripti*, mais où *pactum conventum* a attiré *pecunia constituta*; 12. *C. C. consilium cepit vel causa cognita* où *consilium cepit* a attiré *causa cognita*. 21. *Q. M. Quomodo vel quo magis* où *quomodo* a attiré *quo magis*. Mais cela se présente aussi certainement dans des cas où les expressions représentées par les mêmes lettres sont dans deux n^os^ consécutifs à la tête de chacun desquels l'abréviation commune est reproduite, ainsi pour 6. *I. D. iudicium dabo* et 7. *I. D. iuris dictio*, où le mot *iuris dictio* a été mis après *iudicium dabo* parce qu'il est exprimé par les mêmes lettres I. D. Enfin cela se produit aussi dans des cas où le rapprochement tient à un rapport de fond. Ainsi, il n'est guère douteux que 4 *viri boni arbitratu* ait été mis à la suite de 3 *quod recte factum esse videbitur* à cause de la comparaison courante entre cette expression et l'expression *recte*.[1]) Ainsi c'est pour une raison semblable et non pas en vertu du plan de l'édit que 21 *quomodo* nous parait avoir été placé après 20 *quemadmodum*. Ainsi il est pareillement à penser que le n° 24 *bona ex edicto possideri proscribi venirique iubebo*, qui se trouve seulement au titre XXXIV de Lenel, a été mis à la suite des abréviations du titre XII, *De satisdando*, parce que, nous apprend Gaius, ce dernier titre s'occupait de la personne qui doit *satisdare* attendu que ses biens sont *possessa proscripta*.[2]) Probus a mis, à côté ou à la place de l'abréviation la plus courte: *Bona ex edicto possessa proscripta*,

---

[1]) Ulpien, *80 ad ed.* D. 50, 16, 73: *'Recte' enim verbum pro viri boni arbitrio est.*

[2]) Gaius, 4, 102: *Satisdatur .... propter personam, veluti si cum eo agitur qui decoxerit, cuiusve bona a creditoribus possessa proscriptave sunt.*

l'abréviation la plus longue: *Bona ex edicto possideri proscribi venirique iubebo* qui nous est seule parvenue et avec laquelle finit notre texte, sans doute encore plus tôt que ne pensait Mommsen qui y voyait probablement un débris du titre XXXIV.

Quand à la seconde observation, elle donne, par exemple, une nouvelle raison d'admettre que les abréviations 22 et 23 de *pro praede litis vindiciarum* et de *iudicatum solvi* ont été prises au titre XII *De satisdando*, dans le corps de l'édit, et non pas au titre XLV *De stipulationibus*, dans l'appendice des stipulations. Elle implique pareillement que les textes n°s 9. 10. 11 sur le *damnum infectum*, placés avant ceux sur la *restitutio in integrum* du titre X, sont extraits du titre I, relatif à la juridiction municipale, et non pas du titre XXXIX. Elle conduit ensuite et par là même à rejeter la longue formule n° 8 relative au *iudicium recuperatorium*, avant ces n°s 9. 10. 11 relatifs au *damnum infectum* municipal, dans l'un des édits du titre I qui précèdent; par conséquent, selon le plan très vraisemblable de M. Lenel[1]), d'après lequel ce titre contenait 1° l'édit sur la personne qui n'a pas obtempéré aux injonctions du magistrat municipal; 2° les édits sur l'*in ius vocatio* devant les magistrats municipaux; 3° celui sur le *damnum infectum* municipal, à rapporter l'édit sur le *iudicium recuperatorium* ou au défaut d'*obtemperatio* ou à l'une des actions pénales relatives à l'*in ius vocatio.* Elle entraine enfin cette dernière conséquence plus importante encore que les mots n° 6 *iudicium dabo* doivent avoir été pris par Probus au premier endroit où il les a trouvés dans sa source, au premier édit de l'Album promettant une action, c'est-à-dire d'après le plan précité, à l'édit sur le défaut d'*obtemperatio;* ce qui fait d'abord que le n° 8, venant après les débris de ce premier édit et avant ceux de l'édit relatif au *damnum infectum* municipal, appartient nécessairement à l'un des édits sur l'*in ius vocatio;* ce qui fait ensuite que tous les mots qui précèdent ce n° 6, du n° 1 au n° 5, ont été, en principe, en tant qu'ils ne sont pas écartés par notre ob-

---

[1]) Lenel, *Z. S. St.* II, 1881, p. 16 et ss. *Edit*, I, p. 32.

servation précédente, pris dans le même premier édit, où Probus qui n'avait encore aucune abréviation, a dû en effet prendre à peu près tout. Je remarquerai même, tout en sachant parfaitement combien ces restitutions littérales sont gratuites et sans garantir aucunement les détails de construction, qu'il ne serait aucunement difficile de rétablir le premier édit en partant de là. Cela donnerait quelque chose comme:

Si is qui in municipio colonia foro iure dicundo praeerit (1) *quidquid fecerit iuris dicundi causa* (2) *quod recte factum esse videbitur* (3 où *recte* a attiré 4 *viri boni arbitratu*) *et si quis dolo malo fraudisve causa* (5) *non obtemperaverit, iudicium dabo* (6, qui a attiré 7 *iurisdictio* à cause de l'identité des lettres abréviatives).

Si l'on joint les résultats tirés de ces deux observations à ceux fournis par notre premier principe, on obtient, est-il facile de voir, un texte suivi qui, avec des lacunes forcées, venant soit de la volonté de Probus, soit sans doute encore infiniment plus des omissions des copistes, suit fidèlement l'ordre de l'édit tel qu'il parait avoir été avant et après Julien. Nous avons d'abord, n°s 1—7, les abréviations tirées du premier édit relatif à la désobéissance au magistrat municipal; n° 8, une fraction d'un édit promettant des récupérateurs en matière d'*in ius vocatio* devant les magistrats municipaux; puis les n°s 9. 10. 11., relatifs au *damnum infectum* municipal. Après cela nous sautons du titre I de Lenel au titre X, *De in integrum restitutionibus* où nous trouvons à la fois les n°s 12 et 13 relatifs à l'*in integrum restitutio ob fraudem* et les n°s 16. 17. 18, relatifs au *falsus tutor*. Enfin nous terminons par les n°s 20. 21. 22. 23. 24, relatifs au titre XII *De satis dando*. Et tous les fragments se trouvent ainsi classés, sauf après l'édit sur le *falsus tutor*, le n° 19 *haec sic*, qu'il serait très aisé de rattacher à cette *in integrum restitutio* ou à l'une des suivantes, et auparavant entre l'*in integrum restitutio ob fraudem* et celle du *falsus tutor*, les n°s 14 *pactum conventum* et 15 *centumviri*, dont le premier peut encore se rattacher à quelque *in integrum restitutio*, s'il n'a pas été transporté là par une

erreur de copiste[1]), et dont le second a sans doute été porté là, peut-être du titre *De satisdando*, peut-être d'ailleurs, par une erreur de copiste.

En classant les fragments sous les rubriques corrélatives de l'édit, avec les chiffres de Lenel qui sont naturellement hypothétiques pour le temps postérieur à Julien et qui sont, en vertu d'une cause que nous dirons, certainement faux pour le temps antérieur[2]), mais qui facilitent les vérifications et qui procurent une orientation d'ensemble, et en désignant par des parenthèses ( ) les abréviations appelées par attraction hors de leurs places et par des crochets [ ] celles qui nous semblent des interpolations étrangères à l'édit, cela donne le tableau qui suit.

Titre I. *Ad Municipalem.*[3])

§ 1. *Si quis ius dicenti non obtemperaverit*

1.	I. D. P. E.	iure dicundo praeerit.
2.	I. D. C.	iuris dicundi causa.

[1]) De quelque endroit ignoré, mais non du titre IV, *De pactis*, où l'édit rapporté par Ulpien, *4 ad ed.* D. 2, 14, 7, 7, porte *pacta conventa* et non *pactum conventum*.

[2]) Ils sont hypothétiques pour l'édit de Julien, puisqu'il suffirait qu'un édit ait été admis ou omis à tort pour que tout le numérotage des §§ fut changé et que par ex. celui des titres lui-même serait modifié dès le commencement, si, comme nous ne le croyons pas, mais comme Karlowa l'a prétendu, I, p. 593, n. 1, et comme Lenel, I, p. 32, n. 1, semble le juger possible, les deux premiers titres relatifs à la juridiction municipale et à la juridiction en général, n'en faisaient qu'un. Avant Julien, les chiffres des §§ et même des titres étaient forcément différents des chiffres postérieurs, si, comme nous essayons de l'établir plus loin, les formules d'actions civiles et même les titres tout entiers où il n'y avait que des formules d'actions sans édits étaient placés dans un appendice analogue à ceux des interdits, des exceptions et des stipulations et non dans le corps de l'édit.

[3]) Lenel, *Edit*, I, p. 57, n. 1: *Ad legem municipalem;* mais il y a seulement *Ad municipalem* au Dig. 50, 1, et l'existence d'une *lex municipalis* générale parait aujourd'hui infiniment douteuse. Cf. Karlowa, I, pp. 439—440. Hackel, *Wiener Studien*, 1902, pp. 552—562, et Mommsen, *Eph. epigr.* IX, 1903, pp. 4—6.

3.	Q. R. F. E. V.	quod recte factum esse videbitur (4. V. B. A. viri boni arbitratu).[1]
5.	D. M. F. V. C.	dolo malo fraudisve causa.
6.	I. D.	iudicium dabo (7. I. D. iuris dictio).[2]

§ 2. *Si quis in ius vocatus non ierit sive quis eum vocaverit quem ex edicto non debuerit.*

8.	Q. E. R. E. T. P. I. R. D. T. Q. P. D. T. D. D. P. F.	quanti ea res erit tantae pecuniae iudicium recuperatorium dabo testibusque publice dumtaxat decem denuntiandi potestatem faci*am*.

§ 3. *De damno infecto.*

9.	Q. S. S. S.	quae supra scripta sunt.
10.	I. C. E. V.	iusta causa esse videbitur.
11.	N. K. C.	non calumnia causa.

Titre X. *De in integrum restitutionibus.*

§ . . . *Quae in fraudem creditorum facta sunt.*

12.	C. C.	consilium cepit (vel causa cognita).[3]
13.	F. C.	fraudare creditores (vel fiduciae causa[4]) vel fidei commissum).[5]

---

[1]) Titre VIII, *De cognitoribus*, § 32, *De defendendo eo.* Ulpien, *9 ad ed.* D. 3, 3, 33, 3: *Ait praetor: . . . viri boni arbitratu defendat.*

[2]) Titre VI, *De postulando*, § 16, *Qui nisi pro certis personis.* Ulpien, *6 ad ed.* D. 3, 1, 3, *pr.*: . . . *„ab eo cuius de ea re iurisdictio fuit"* ou peut-être déjà Titre I, *Ad municipalem*, § 3, *De damno infecto* (cf. Ulpien, *53 ad ed.* D. 39, 2, 7, n. 1 *Praetor ait: . . . Cuius de ea re jurisdictio fuit quae mea est*).

[3]) Titre III, *De edendo*, § 9 *(editio argentarii).* Ulpien, *4 ad ed.* D. 2, 13, 6, 8: *Praetor ait: . . . . . causa cognita edi iubebo* et peut-être déjà titre I, *Ad municipalem*, § 3, *De damno infecto* (cf. Ulpien, *53 ad ed.* D. 39, 2, 7, *pr.*: *Praetor ait: in eam diem quam causa cognita statuero*).

[4]) Titre XIX, *De bonae fidei judiciis*, § 107, *Fiduciae vel contra.* Edit et formule non conservés.

[5]) Titre XV, *De his quae cuiusque* (plutôt *De iudiciis*, à notre idée), § 68, *De fidei commissaria hereditatis petitione.* Edits et formules non conservés.

§ . . . . .

14.	P. C.	[patres conscripti vel] pactum conventum (vel pecunia constituta).[1]
15.	C. V.	centum viri [vel clarissimi viri].

§ 43. *Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur.*

16.	S. T. A.	sine tutoris auctoritate.
17.	T. A.	tutore auctore.
18.	F. E. D.	factus esse dicetur.
19.	H. S.	haec sic [vel hora secunda].

Titre XII. *De satis dando.*

§ 51. *De satis dando.*

20.	Q. A. M.	Quem ad modum (21. Q. M. quomodo vel quo magis).
22.	P. P. L. V.	pro praede litis vindiciarum.
23.	I. S.	iudicatum solvi.
(24.	B. E. E. P. P. V. R. I.	bona ex edicto possideri proscribi venirique iubebo)

III.

Ce tableau qui ne touche que trois des quarante-cinq titres comptés par Lenel, qui s'arrête avant la fin de la première des quatre grandes divisions admises par lui, avant la fin des règles relatives à l'introduction de l'instance, ne concerne évidemment qu'une portion bien minime de l'édit. Il ne correspond sans doute qu'à un extrait gravement mutilé et encore plus tronqué de l'oeuvre de Probus qui, dans sa recherche des abréviations édictales, n'a pas eu de motif de sauter du titre I au titre X, ni de s'arrêter après le titre XII. Et ce sont là deux raisons pour qu'on n'attende pas de résultats trop démesurément importants de la restitution du plan d'un pareil texte. Cependant, si l'on estime que nous sommes parvenu à faire cette restitution correctement, elle autorise quelques conclusions qui ne sont pas sans intérêt tant pour la connais-

[1]) Titre XVIII, *De rebus creditis*, § 97, *De pecunia constituta*, rubrique. D. 13, 5, rubrique, *De pecunia constituta*.

sance de l'édit prétorien et de ses dispositions concrètes que pour celle de la transmission de l'ouvrage de Probus.

1. Quant aux dispositions concrètes de l'édit, il n'est pas indifférent de voir reparaître dans le titre *De in integrum restitutionibus* cette *restitutio in integrum ob fraudem* qui devait logiquement exister en face de l'action paulienne comme celle *ob dolum* en face de l'action de dol et celle *ob metum* en face de l'action *metus* et que l'on s'efforce toujours d'éliminer sans jamais y parvenir définitivement.

Il est encore plus intéressant d'arriver à fixer la place du *judicium recuperatorium* au *quanti ea res erit* accompagné du droit de citer publiquement dix témoins au plus. Sa présence dans le § 5 de Probus, où sont renfermés les extraits des *edicta perpetua* suffisait à prouver l'existence dans une action privée quelconque donnée par l'édit prétorien de ce droit de citation publique des témoins qui est normalement réservé aux poursuites criminelles par opposition aux poursuites civiles.[1]) Mais dans quelle action se rencontrait-il? Localisé, le texte appartient sûrement à l'un des édits qui étaient portés par le préteur au sujet de l'*in ius vocatio* devant les magistrats municipaux et qui étaient sans doute purement et simplement les cinq édits relatifs à l'*in ius vocatio* devant le préteur lui-même transportés à l'*in ius vocatio* devant les magistrats municipaux[2]), parce que ces magistrats n'avaient pas le droit de défendre leur propre juridiction par des actions pénales[3]): édit défendant sous une peine fixe de citer le patron et les ascendants sans autorisation du magistrat; édit défendant pareillement sous une peine fixe de refuser comme insuffisant le *vindex* offert par les mêmes personnes; édit permettant de réclamer une peine évaluée *in iure* par le demandeur et par conséquent exprimée en un chiffre fixe dans la formule à celui qui a libéré l'*in ius vocatus* par la

[1]) Quintilien, *Inst. or.*, 5, 7, 9: *Duo genera sunt testium aut voluntariorum aut eorum quibus in iudiciis publicis lege denuntiari solet.*

[2]) V. Lenel, *Z. S. St.* II, 1881, p. 21; *Edit*, I, p. 59.

[3]) Ulpien, *1 ad ed.* D. 2, 3, 1, *pr.*: *Omnibus magistratibus, non tamen duumviris, secundum ius potestatis suae concessum est iurisdictionem suam defendere poenali iudicio.*

force; édit donnant une action au *quanti ea res erit* contre le *vindex* qui n'a pas produit le défendeur; enfin édit donnant contre le défendeur qui *neque venerit neque vindicem dederit* une action dont le montant n'est pas indiqué par les sources, mais qui tend probablement encore au *quanti ea res erit.*[1])

L'édit n° 8 ne peut se rapporter à aucune des actions tendant à une somme fixe, puisque son *iudicium* est au *quanti ea res erit.* Il est donc relatif, soit à l'action contre le *vindex*, soit à celle contre le défendeur qui n'en a pas fourni. Et cela donne même, par contrecoup un nouvel élément d'information sur un autre point: sur la compétence des récupérateurs en matière d'*in ius vocatio.* Gaius, dans un texte bien connu[2]), n'atteste cette compétence qu'en matière d'amende fixe, pour l'action contre l'affranchi qui a cité son patron sans l'autorisation du magistrat. D'autre part, on ne peut, à notre avis conclure d'un passage de la loi Rubria qui mentionne une action récupératoire donnée par les magistrats municipaux de la Gaule cisalpine contre celui qui n'a pas fourni de *vindex*[3]) à l'existence d'une action symétrique donnée contre le même personnage par le préteur de Rome; car, dans cette loi, il s'agit d'une action donnée à raison d'une *in ius vocatio* devant les magistrats municipaux par ces magistrats municipaux eux-mêmes; au contraire, dans l'édit, il s'agit d'une action donnée à raison d'un *in ius vocatio* devant les magistrats municipaux ou les magistrats de Rome, mais par les magistrats de Rome, d'un procès organisé à Rome par le préteur; or il n'est pas sûr que l'activité des récupérateurs ait eu la même étendue à Rome, dans le cercle de la compétence du préteur urbain, que dans les municipes, dans le cercle de la compétence des magistrats municipaux. Il nous paraitrait donc aventureux, si l'on n'avait que ces deux textes, d'étendre la compétence des récupérateurs de Rome soit à toutes les actions du titre *De*

---

[1]) V. sur ces cinq édits, Lenel, *Edit,* I, pp. 71—84.

[2]) Gaius, 4, 46.

[3]) Loi Rubria, c. 21 *in fine.*

in ius vocando, comme a fait Rudorff[1]), soit même, comme a fait Lenel[2]), à l'action contre l'*in ius vocatus* à côté des deux actions relatives à l'*in ius vocatio* du patron. Notre n° 8 rend la généralisation singulièrement plus licite en fournissant dans cette matière, un exemple de *iudicium recuperatorium* tendant au *quanti ea res erit* à côté de celui de *iudicium recuperatorium* tendant à une somme fixe déjà fourni par Gaius.[3])

2. Pour l'histoire générale de l'édit, l'intérêt sérieux que présente notre texte, une fois son plan discerné, c'est de fournir un témoignage bien difficile à écarter en faveur du seul trait général un peu caractéristique qui ait, à notre avis, séparé l'édit antérieur à Julien de l'édit codifié par Julien sous Hadrien.

Les renseignements que nous possédons sur le plan de l'édit antérieur à Julien, c'est-à-dire principalement les citations faites avec indication de livres des commentaires de Labéon et de Pedius et aussi jusqu'à un certain point les chapitres conservés de la loi Rubria[4]), montrent que

[1]) *De iuridictione edictum*, 1869, pp. 35—39.

[2]) *Edit*, I, p. 77.

[3]) Nous ne relevons que les points principaux. On pourrait encore remarquer par exemple que l'ordre dans lequel les n°s 22, *pro praede litis vindiciarum* et 23, *iudicatum solvi* apparaissent au titre *De satisdando*, confirme la doctrine de Lenel, *Edit*, II, p. 267, sur l'ordre de succession des deux moyens dans l'appendice des stipulations.

[4]) Il n'est pas besoin de démontrer que la loi Rubria et les *libri ad edictum* de Labéon sont antérieurs à la codification de Julien. Pour Pedius, M. Paul Krueger, *Geschichte der Quellen*, 1888, p. 173 = tr. fr. p. 230 (d'où Teuffel, II § 298, n. 6 et Kipp, *Geschichte der Quellen*, 2° ed. 1903, p. 110, n. 97; cf. *Prosopographia*, III, p. 20, n° 149: époque d'Hadrien) estime qu'il a écrit ses *libri ad edictum* entre le Digeste de Julien et le commentaire sur l'édit de Pomponius: ce qui les rapprocherait beaucoup de l'époque de la codification sans peut-être exclure absolument leur antériorité. Mais si l'ouvrage de Pedius est sûrement antérieur à celui de Pomponius (D. 4, 3, 1, 4), le texte invoqué par Krueger (D. 4, 8, 32, 16) n'implique pas nécessairement qu'il soit postérieur à celui de Julien. Les jurisconsultes les plus récents cités par Pedius sont le contemporain de César, Ofilius (D. 14, 1, 19) et le contemporain de Tibère Masurius Sabinus (D. 50, 16, 13, 1): ce qui prouverait seulement qu'il se place entre le temps de

les divers édits se succédaient déjà dans l'Album du préteur, à la fin de la République et au début de l'Empire, sensiblement dans le même ordre que dans l'édit de Julien.[1])

Tibère et celui d'Hadrien; mais on ne peut le faire descendre au dessous de Domitien d'après la citation de lui par Probus contenue dans les notes d'Einsiedeln, que nous avons signalée plus haut (p. 24, n. 1).

[1]) Il n'y a rien à tirer de la citation isolée du livre 5 de Sabinus *ad edictum praetoris urbani* faite par Paul, *40 ad ed.* D. 38, 1, 18, ni même de celles faites par Ulpien du livre 1 *praetoris urbani* de Labéon, D. 50, 16, 19, pour une définition dont on ne peut fixer le point d'attache, et de son livre 30 *praetoris peregrini* dans un texte, D. 4, 3, 9, 4, où se trouve la seule mention que nous possédions de cet ouvrage et qui vient peut-être d'une corruption. Au contraire, les autres citations avec indication de livres de Labéon *ad ed.* le montrent étudiant dans l'ordre de l'édit de Julien, au livre 1 (D. 11, 4, 1, 5) le titre I, *Ad municipalem*, § 4, de *de fugitivis*, au livre 4 (Aulu-Gelle, 13, 10, 3) le titre VI, *De postulando*, § 16 *qui nisi pro certis personis ne postulent* et au livre 11 (D. 4, 8, 7, pr.) le titre XI, *De receptis*, § 48, *qui arbitrium receperint ut sententiam dicant* (Lenel, n°s 6. 7. 8). — Les citations un peu plus nombreuses de Pedius accusent le même ordre. Au livre 7 (3, 5, 5, 11) le titre VIII *De cognitoribus*, § 35, *De negotiis gestis*, et (D. 4, 2, 7, *pr.*) le titre X *De restitutionibus in integrum*, § 39, *Quod metus causa;* au livre 8, (D. 4, 2, 14, 5), le même titre X, au même § 39, *Quod metus causa* et (D. 4, 3, 1, 4) au § 40, *De dolo malo;* au livre 9, encore (D. 4, 7, 4, 2) le titre *De in integrum restitutionibus*, au § 46, *De alienatione iudicii mutandi causa*, puis (D. 4, 8, 7, pr., 13, 2) le titre XI, *De receptis*, § 48, *qui arbitrium receperint, ut sententiam dicant;* au livre 15 (D. 14, 4, 1, 1) le titre XVIII, *Quod cum magistro navis institore gestum erit*, § 103, *De tributoria actione* et (D. 15, 1, 7, 3) § 104 *De peculio;* enfin au livre 25 (D. 37, 1, 6, 2) le titre XXV, *De bonorum possessionibus* à la rubrique *A. Si tabulae testamenti extabunt* (Lenel, n°s 6. 7. 8. 9. 12. 13. 14. 20. 23. 30). — Pour la loi Rubria, Mommsen remarquait déjà il y a près de cinquante ans, dans un recueil dont le maître que nous célébrons était l'un des directeurs (*Jahrbücher des gemeinen Rechts, herausgegeben von Bekker und Muther*, II, 1858, p. 319 et ss. = *Juristische Schriften*, I, 1905, p. 162 et ss.), qu'elle prend dans l'ordre de l'édit les différentes matières pour lesquelles elle porte des règles propres à la Gaule cisalpine. Dans la table IV de la loi, qui nous est seule conservée (ou tout au moins, dans laquelle seule l'ordre indiqué pourrait s'observer clairement quand bien même on considérerait avec Mommsen, *Hermes*, XVI, 1881, pp. 24—41 = *Juristische Schriften* I, pp. 175—191, le fragment d'Este comme un second fragment de la même loi) et qui contient la fin du c. 19, les cc. 20. 21. 22 et le commencement du c. 23, le législateur vise suc-

Ils prouvent donc que le plan de l'édit définitif n'est pas un plan nouveau, créé de toutes pièces par Julien, sorti de sa seule pensée abstraite, mais sauf plus ou moins de remaniements, le plan ancien, sorti de la volonté collective de la suite des préteurs. Et c'est bien l'impression que donne l'édit de Julien lui-même avec son chapelet de titres et de paragraphes soudés les uns et les autres sous des influences visiblement multiples, à peu près aussi souvent en vertu de hasards chronologiques ou de simples rencontres de mots que de principes dogmatiques.[1]) Manifestement c'est une oeuvre coutumière impersonnelle et non pas l'ouvrage individuel d'un jurisconsulte unique.

---

cessivement au c. 19 l'*operis novi nuntiatio* (titre XXVIII de l'édit de Julien), au c. 20, le *damnum infectum* (titre XXIX) aux cc. 21 et 22 l'exécution en commençant c. 21 par l'exécution sur la personne (titres XXXVI—XXXVII) et en continuant c. 22, par l'exécution sur le patrimoine (titres XXXVIII et ss). Enfin il passe, au c. 23, aux actions en partage qui dans l'édit de Julien, auraient été au titre XV avant toutes les autres matières visées dans la table quatrième de la loi, mais qui au contraire étaient, verrons-nous (p. 45 et ss.) dans l'édit antérieur à Julien, à la suite de tout ce qui vient d'être cité, dans l'appendice des formules d'actions où se rencontraient pour la première fois les actions civiles, sur lesquelles il n'y avait pas d'édit dans le corps de l'Album. Ce dernier point qui a fort embarrassé Mommsen, parce qu'il partait implicitement de l'idée que les formules d'actions auraient été réunies aux édits dans le corps de l'Album avant Julien comme après, s'explique donc tout naturellement pour nous. On pourrait seulement se demander à un autre point de vue, si l'auteur de la loi Rubria n'a véritablement rien trouvé à régler au sujet des matières qu'il a rencontrées dans la fin du corps de l'édit et le commencement de ses appendices, entre les règles sur l'exécution sur les biens des titres XXXVIII et ss. dont s'occupe le c. 22 et celle sur les actions en partage, ou si ce n'est pas à propos d'une disposition distincte qu'il s'est occupé de ces actions à une autre place que celle de leurs formules. Mommsen, pour lequel sa conception de l'édit antérieur à Julien faisait de la dernière supposition une nécessité, a conjecturé, pp. 327—328 = *Juristische Schriften*, I, p. 169, qu'il se serait agi là d'un *praeiudicium* ou d'une exception relative à des règles de compétence propres, qui alors aurait été rencontrée dans le titre XLIV de Lenel, mais qui impliquerait que l'auteur de la loi Rubria n'aurait rien trouvé à toucher ni dans la fin du corps de l'édit, ni dans les parties antérieures de l'appendice, non seulement dans l'appendice des interdits, titre XLIII de Lenel, mais dans l'appendice, antérieur

Mais pourtant, si Julien n'avait fait absolument que reproduire l'édit antérieur, en se contentant d'élaguer quelques dispositions vieillies, de corriger quelques mots impropres ou obscurs et d'ajouter quelques rares clauses nouvelles telles que la *clausula de coniungendis cum emancipato liberis eius*, on aurait peine à comprendre que les relations qui nous sont faites de son travail emploient pour le qualifier des termes impliquant un effort de composition, de coordination, de mise en ordre comme les expressions *edictum componere*[2]), *ordinare*[3]), *in ordinem componere.*[4])

L'antinomie peut être levée par l'idée qu'avant Julien, le corps de l'édit, composé des édits au sens strict où le

---

à Julien, des formules d'actions, qui, si nous n'en connaissons pas directement le rang, devait plutôt être mis avant les trois autres qu'après eux. Nous aimerions alors encore mieux penser que la loi Rubria aurait rencontré ces actions dans le corps de l'édit, aux titres de l'exécution, à propos de difficultés propres soulevées par l'*adiudicatio* par ex. en Gaule cisalpine. Mais il n'est aucunement impossible que, le législateur ait tout simplement rencontré nos actions civiles dans l'appendice des formules d'actions, d'autant plus qu'au c. 22, il est à peu près arrivé à la fin du corps de l'édit et que nous ne savons pas dans quel ordre les diverses formules d'actions civiles étaient disposées dans l'appendice des formules d'actions antérieur à Julien.

[1]) *Editio argentarii* appelée par la similitude de nom à côté de l'*editio actionis* et de l'*editio instrumentorum* dans le titre *De edendo.* Titre *De receptis* où, si l'habileté de notre maître M. Bekker a su ramener les trois cas de *receptum arbitrii*, de *receptum nautarum* et de *receptum argentariorum* à la notion juridique commune de *receptum* (*Z. S. St.* III, 1882, pp. 1—12) on peut bien dire que c'est le titre de l'édit qui a fait naitre la notion juridique et non pas la notion juridique qui a fait naitre l'édit. Actions de gage et de commodat mises à la fin du titre *De rebus creditis* et de gestion d'affaires placée à celle du titre *De cognitoribus* au lieu d'être réunies aux autres actions de bonne foi dans le titre *De Bonae fidei iudiciis.* Action de la loi Aquilia mise à la suite de l'action *de pauperie,* quoiqu'elle soit la plus large, parce qu'elle est la moins ancienne, etc.

[2]) Eutrope, 8, 17: *Perpetuum composuit edictum,* d'où Jérome, *ad a. Abr.* 2147: *Perpetuum composuit edictum* et Paul Diacre, *Hist. Miscella,* 10: *Perpetuum composuit edictum.*

[3]) Justinien, C. 4, 5, 10, 1: *Praetorii edicti ordinatorem.*

[4]) Aurelius Victor, *Caes.* 19: *Qui primus edictum quod varie inconditeque a praetoribus promebatur, in ordinem composuit.*

préteur dit ce qu'il fera, promet les divers moyens, était suivi non seulement des trois appendices actuels contenant les formules d'interdits, d'exceptions et de stipulations, mais, en outre, et auparavant, d'un autre appendice contenant les formules d'actions et que c'est Julien qui a donné une nouvelle disposition à l'édit en y plaçant au dessous des divers édits les formules des actions prétoriennes correspondantes et des actions civiles elles-mêmes, en versant dans le corps de l'édit les formules d'actions du premier appendice sans toucher aux trois appendices des interdits, des exceptions et des stipulations. [1])

Cette idée qui justifie le titre d'*ordinator edicti* de Julien sans lui prêter de vues systématiques trop ambitieuses, explique en même temps merveilleusement certaines étrangetés de l'oeuvre qui nous est arrivée sous son nom. Ainsi celle selon laquelle les moyens prétoriens sont, peut-être toujours, certainement souvent, placés avant les moyens civils: l'action Publicienne qui est la copie, avant la revendication qui est l'original: c'est que Julien a commencé par mettre les formules d'actions prétoriennes à la suite des édits corrélatifs qu'il trouvait pour elles et n'a placé qu'ensuite les formules d'actions civiles pour lesquelles il ne trouvait pas d'édits. Ainsi encore la présence de formules d'actions au milieu des appendices des interdits et des stipulations: actions servienne et quasi servienne dans l'appendice des interdits, à côté de l'interdit salvien;

[1]) J'ai déjà indiqué plus sommairement cette idée et les raisons qui me semblent la justifier, *N. R. Hist. de Droit*, 1904, pp. 160—163. Elle a été, de notre temps émise pour la première fois par M. Wlassak, *Edict und Klageform*, 1882, pp. 22—32, où il invoque notamment en sa faveur le nom d'*ordinator edicti* donné à Julien et où l'on trouvera pp. 22—24 la bibliographie antérieure. Ferrini, *Rendiconti del R. Istituto Lombardo,* série II, vol. XXIV, 1891, pp. 560—564 (cf. Lenel, *Edit,* I, p. 17, n. 2) a objecté des calculs selon lesquels les fragments précités de Labéon et de Pedius se trouveraient, dans leurs commentaires, aux mêmes distances proportionnelles les uns des autres que sont les fragments traitant les mêmes matières dans les commentaires postérieurs à Julien. Mais on comprend sans peine que les distances respectives n'aient pas été sensiblement troublées par un travail d'incorporation qui doit avoir à peu près également grossi toutes les parties de l'édit.

action *auctoritatis* dans l'appendice des stipulations, à côté de la stipulation de garantie d'éviction: c'est que Julien, qui décidément ne s'est pas fait de sa tâche une conception trop élevée, s'est borné à verser dans le corps de l'édit les formules d'actions qui se trouvaient dans leur réservoir propre, l'appendice des actions, sans se donner la peine de retirer des appendices des stipulations et des interdits celles qui s'y trouvaient égarées.

Mais ce qui met, à notre sens, cette conception au dessus de tout doute, c'est l'absence d'aucun vestige de formule d'action dans la totalité des informations que nous nous trouvons posséder sur la première portion de l'Album antérieur à Julien. Si les formules avaient déjà été enlacées aux édits, à travers tout l'Album, avant Julien comme après, il serait impossible que, dans les témoignages relatifs aux premiers titres de l'édit contenus dans le Digeste et dans Probus [1]) on ne rencontrat pas, à côté d'une citation d'édit une citation de formule, à côté de développements relatifs aux actions prétoriennes pour lesquelles seules il y a des édits, des développements relatifs aux actions civiles pour lesquelles il n'y a que des formules. Or cela n'est pas.

Cela n'est pas pour les *libri ad edictum* de Labéon et de Pedius, dont, pour des raisons tenant probablement

[1]) Je ne tirerai pas ici un argument en forme de la loi Rubria, puisque la raison du placement des actions en partage au c. 23 comporte tout au moins quelques légers doutes (p. 43, n. 1). Mais il faut pourtant bien remarquer que son ordre des matières n'implique nulle part que les formules d'action aient été à son époque mélangées aux édits et qu'il implique positivement qu'elles en étaient séparées si l'on admet, avec l'idée la plus naturelle, que l'auteur de la loi s'est expliqué sur les actions en partage à l'endroit où il les a rencontrées dans l'édit; car alors il les a trouvées après le titre XXVIII rencontré au c. 19, le titre XXIX rencontré au c. 20, les titres XXXVI—XXXVII rencontrés au c. 21 et les titres XXVIII et ss. rencontrés au c. 22, encore plus loin dans l'Album, à son c. 23, comme cela devait arriver si les formules d'actions n'apparaissaient qu'après la fin de la série des édits, tandis que, si les formules d'actions avaient déjà été comme après Julien mélangées aux édits, il aurait rencontré les actions en partage, au titre XV de l'édit, dans une des tables précédentes de la loi avant d'arriver aux matières des titres XXVIII, XXIX, XXXVI, XXXVII, XXXVIII et ss. rencontrées dans la table IV.

à l'ouvrage dans lequel elles nous ont été principalement conservées[1]), les citations avec indication de livres s'arrêtent avant d'être arrivées aux appendices de l'Album: nous en avons des citations sans indication de livres qui se rapportent aux actions; mais les citations avec indication de livres ne se rapportent qu'aux édits parce qu'elles appartiennent toutes aux livres dans lesquels Labéon et Pedius s'occupaient du corps de l'édit.

Cela n'est pas non plus pour nos extraits de Probus. Dans ce qui nous reste de l'ouvrage original, nous avons vingt-quatre citations se référant aux premiers titres du corps de l'édit. Il n'y en a pas une qui se rapporte à une formule d'action civile ou prétorienne; toutes appartiennent à des édits. Et pourtant les abréviations de formules ne manquaient pas dans l'ouvrage de Probus; car les extraits d'Einsiedeln nous en donnent en foule, et des plus caractéristiques: *iudex esto*, *recuperatores sunto*, *si paret*, *si non paret.*[2]) Mais elles sont seulement là. Il n'y en a pas une parmi celles qui nous ont été conservées à leur place première, dans ce qui reste de l'ouvrage systématique; car, dans Probus et auparavant dans sa source, les formules d'actions se trouvaient à la fin, dans les appendices des formules, et les abréviations qui ont été conservées dans leur ordre primitif appartiennent toutes au commencement, à la première partie du corps de l'édit relative à l'introduction de l'instance. Si l'édit avait été disposé avant Julien comme après, Probus eut, par exemple pris après l'abréviation de *iudicium dabo*, à la fin du premier édit, celles de *iudex esto*, de *si paret*, de *si non paret* dans la première formule, et il n'eut pas davantage omis celle de

[1]) Sauf deux exceptions (Aulu-Gelle 13, 10, 3 citant le livre 4 de Labéon et Paul, *41 ad ed.*, D. 37, 1, 6, 2, citant le livre 25 de Pedius) elles viennent toutes des *libri ad edictum* d'Ulpien où l'on sait combien les citations précises de livres et d'auteurs sont plus abondantes au commencement qu'à la fin. Cf. à ce sujet en dernier lieu Jörs, dans Pauly-Wissowa, v. Domitius, V, 1, 1903, pp. 1501—1507.

[2]) Dans l'original alphabétique reproduit par Mommsen, *Gramm. Lat.* IV, pp. 316—330, (I 67) I. E. *iudex esto.* (R 10) R. S. *reciperatores sunto* (le ms. *sunt*). (S 33) S. P. *si* (le ms. *sine*) *parret.* (S 38) S. N. P. A.; *si non parret* (le ms. *parre*) *absolvito.*

recuperatores sunto dans la formule correspondant au second édit. Il ne les a pas prises parce qu'elles n'étaient pas là, dans sa source, parce que, dans l'édit dont il relevait les abréviations comme dans celui dont Labéon et Pedius avaient le texte sous les yeux, les formules d'actions, au lieu d'être mêlées aux édits comme dans l'édit de Julien, étaient rejetées dans un appendice spécial. Il y a là deux groupes de faits indépendants et concordants, aussi naturels en face de la séparation première des édits et des formules qu'ils seraient rigoureusement inexplicables en dehors d'elle. Et, c'est pourquoi l'ordre des abréviations édictales de Probus me parait la confirmation la plus décisive de la disposition de l'Album déjà révélée par les fragments de Pedius et de Labéon.

3. Enfin la détermination du plan de la dernière partie conservée de l'ouvrage de Probus rend pour la première fois possible un essai de comparaison entre le texte duquel vient la copie de Cyriaque d'Ancone, et celui d'où furent tirées, à une date antérieure au début du Xe siècle, les abréviations mélangées dans le ms. d'Einsiedeln à celles du recueil dit de Papias, abréviations comprenant à la fois des passages de Probus qui sont encore dans la partie conservée de l'ouvrage original et des passages de lui qui y font actuellement défaut et qui ont été pour la première fois identifiés par Mommsen.

L'examen des débris du Probus original éparpillés dans le ms. d'Einsiedeln autorise-t-il des conclusions quelconques sur le ms. de Probus d'où ils viennent?

Non, croyons-nous, si l'on ne connaît pas d'abord l'ordre suivi par Probus pour les abréviations édictales au cours desquelles s'arrête le texte conservé. La meilleure preuve en est que l'illustre Mommsen dont la pénétration merveilleuse a retrouvé la filiation de tant de manuscrits et qui s'est occupé des abréviations de Probus avec une si rare habileté, mais qui n'a jamais discerné clairement la disposition des abréviations édictales, ne s'est en conséquence jamais posé la question: il s'est contenté de publier les abréviations de Probus qu'il avait retrouvées dans le ms. d'Einsiedeln et qui n'étaient pas dans le texte de Cyriaque, en

un ordre conventionnel, suivi dans toutes les éditions postérieures, qui part sans doute de l'idée courante que les formules étaient mélangées aux édits au temps de Probus comme à celui de Julien, mais qui ne s'accorde complètement avec aucun classement systèmatique.[1])

Au contraire, la physionomie du ms. dont viennent les extraits d'Einsiedeln, se dessine pour ainsi dire d'elle-même, quand, d'une part, on relève tous les fragments de Probus, conservés autrement ou non, qui y ont passé[2]), et quand, d'autre part, on replace ceux qui sont susceptibles d'identification et qui constituent, somme toute, la grande masse, dans leur ordre primitif, selon le plan de Probus, en commençant par le paragraphe des prénoms, en passant ensuite à celui des actes législatifs, en continuant par celui des Actions de la loi et en terminant par celui des édits où, d'après la disposition antérieure à Hadrien, Probus a d'abord pris le corps de l'édit, puis les quatre appendices des formules d'actions, d'interdits, d'exceptions et de stipulations.[3])

[1]) *Gramm. Lat.* IV, pp. 275—276. Huschke, pp. 140—143. P. Krueger, pp. 146—148. Girard, pp. 198—201, où j'ai, comme Huschke et Krueger donné les 77 abréviations restituées à Probus par Mommsen, dans l'ordre conventionnel adopté par Mommsen, mais où il me semble aujourd'hui qu'il aurait mieux valu, sans préjuger leur classement, les donner objectivement dans l'ordre du recueil alphabétique d'après lequel je les cite ici.

[2]) Mommsen préoccupé à bon droit pour la clarté de sa démonstration d'éliminer tout ce qui pouvait venir de la seconde source du ms. d'Einsiedeln, c'est-à-dire du recueil dit de Papias (Paris, Lat. 7530) n'a relevé en principe dans son édition comme débris venant sûrement de Probus, qu'il imprime en lettres capitales, que ce qui manque dans Papias. Une fois la mise à contribution de Probus établie, on peut, nous semble-t-il, aussi légitimement ne considérer comme sûrement omises que les abréviations de Probus qui ne sont pas dans Einsiedeln, à l'exclusion de toutes celles qui s'y retrouvent, qu'elles soient à la fois dans Papias et Probus ou seulement dans Probus. Mais cette observation n'ajoute que quelques abréviations à celles signalées par Mommsen; ainsi (H 9) H. S. *haec sunt,* (F 26) F. C. *fidei commissum,* (V 30) V. R. *urbs Roma.*

[3]) On pourrait croire que des abréviations de ce genre peuvent indifférement se grouper de toutes les façons que l'on veut et que c'est par conséquent une illusion puérile de prétendre tirer des conclusions quelconques d'un pareil groupement. La preuve du contraire est que la lacune commune au Probus systématique et au

Les abréviations de Probus ainsi séparées des abréviations de Papias et remises dans leur ordre primitif, donnent d'abord quelques abréviations appartenant à la fin du paragraphe des prénoms, dont aucune antérieure au nº 9, *S P. spurius*[1]); puis avec quelques additions assez sûres et quelques lacunes, les deux paragraphes relatifs aux actes législatifs[2])

Probus d'Einsiedeln, entre le titre I et le titre X de l'édit ne pouvait être aperçue dans le ms. d'Einsiedeln avant que l'ordre de l'édit antérieur à Julien fut reconnu et que d'autre part, cet ordre connu, elle y est certaine si l'on considère la proportion dans laquelle le copiste d'Einsiedeln a reproduit les abréviations de l'ouvrage original de Probus. Le Probus systématique donne, pour le titre I de l'édit comprenant 6 §§ chez Lenel, 11 nºˢ auxquels correspondent dans le ms. d'Einsiedeln une vingtaine d'abréviations. Il donne, pour le titre X de l'édit qui a dans Lenel 9 §§, 8 nºˢ qui donnent dans le Probus d'Einsiedeln, 8 abréviations. Pour les titres II à IX qui comprennent chez Lenel 31 §§, il devrait y avoir d'après les mêmes proportions plus de 40 nºˢ dans le Probus systématique et près de 60 abréviations dans le Probus d'Einsiedeln. Comment admettre que sur ces soixante abréviations, si elles nous avaient été transmises, il n'y en aurait pas au minimum dix à vingt d'assez caractéristiques pour être rapportées avec sûreté aux édits des titres II à IX parmi lesquels il y en a de fort longs, de fort riches en expressions significatives, qui nous ont été conservées en tout ou partie (édit *quod quisque iuris*, édit sur l'*editio* des *argentarii*, édit *de pactis*, édits du titre *de postulando*, où celui sur ceux *qui nisi pro certis personis non postulant* tient une bonne page, édit *qui ne dent cognitorem*, édit *de calumnia*, etc.)?

[1]) Manquent ensuite seulement 13, *Ab urbe condita*. 14, *Patres conscripti*. 17, *Eques Romanus*. 19, *Civis Romanus*. 20, *Coloniae vel coloni*. Le ms. d'Einsiedeln contient bien (M 2) *M. Marcus* et (P 7) *P. Puplius* qui se trouvent à la fois dans Papias et dans notre § 2 de Probus, nºˢ 1 et 3. Mais on est porté à croire qu'ils viennent plutôt là de Papias quand on remarque que les nºˢ 4, *Gnaeus*. 5, *Quintus*. 6, *Manius*. 7, *Tiberius*. 8, *Claudius* manquent tous dans Einsiedeln (le nº 2 *C. Gaius* est hors de cause parce que le ms. d'Einsiedeln commence au cours de la lettre C).

[2]) Manquent par ex. la fin du nº 1 après (P 38) *Populum iure rogavit* (le ms. *populus iure iurabit*), le nº 2, les mots *causaque omnium rerum esto* du nº 3, *dare damnas esto* du nº 6, le nº 7, les mots *quod eius* du nº 8, le nº 10, le mot *veteri* du nº 14, le nº 16, les mots *fieri placeret* du nº 19, la plus forte part du long nº 23 et le nº 24. Il faut probablement ajouter (S 37) S. N. P. Q. A. D. *Si non plus quam magnus*, qui se rapporte à la loi des XII tables sur le *sacramentum* si on lit *mille aeris* avec Mommsen et à une loi quelconque si on lit *mille asses* avec Huschke.

et aux *legis actiones.*[1]) Quant aux édits perpétuels, auxquels nous passons ensuite avec l'ouvrage original et qui nous intéressent surtout, nous trouvons d'abord les abréviations du titre I, *Ad municipalem*, n°s 1 à 11, sans autre lacune que le n° 5 et des morceaux du long n° 8 qui ont pu s'égarer dans le sectionnement alphabétique, et avec addition d'abréviations relatives au § du *vadimonium Romam faciendum* qui manquaient dans le texte de Cyriaque.[2]) Après cela le texte saute, comme celui de Cyriaque, du titre I au titre X, sans un extrait se rapportant sûrement ou même vraisemblablement aux huit titres *De iurisdictione*, *de edendo*, *de pactis*, *de in ius vocando*, *de postulando*, *de vadimoniis*, *de cognitoribus* et *de calumniatoribus.*[3]) Il reprend comme lui aux titres X, *de*

[1]) Manquent seulement, sur 11 n^os, la fin du n° 2, le n° 3, la fin du n° 8; et il faut sans doute ajouter (L 11) L. E. *lege* (le ms. *legem*) *egisse*, (L 12) L. A. E. *lege actum est* et (T 14) T. M. D. F. O. *te mihi dare facere oportere.*

[2]) (V 4) V. F. I. *vadimonium fieri iubebo* (le ms. *iubere*). (M 31) M. P. D. *maiorem partem diei.* (V 30) V. R. *urbis Romae.* (R 31) R. R. E. P. *Romae recte* (le ms. *recee*) *experiri possit.* Cf. Lenel, *Z. S. St.*, II, 1881, pp. 35–43; *Edit*, I, pp. 62—63 et nos observations, *N. R. Hist.* 1904, pp. 142—144. — Il faut encore ajouter sans doute à l'édit du § 1 (p. 36) l'abréviation (M 60) M. C. F. *municipio colonia foro* (le ms. *municipii fores*) et peut-être à celui du § 3 les articles (S 39) S. O. E. R. Q. O. A. *si de ea re qua de agitur* et (Q 29) Q. M. E. *quae mea est*, qui se trouvent dans l'édit général sur le *damnum infectum* (D. 39, 7, *pr: Ait praetor: . . . si de ea re ex decreto meo eiusve cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est*) mais qui peuvent avoir été déjà dans l'édit sur le *damnum infectum* municipal. (Q 39) Q. I. S. S. *quae infra scripta sunt* peut aussi avoir été appelé là par attraction à la suite du n° 9 du Probus systématique Q. S. S. S. *quae supra scripta sunt.*

[3]) La seule abréviation qu'on aperçoive comme ayant pu se rapporter à cette ample portion de l'édit est (D 37) D. D. *decreto decurionum* qui aurait pu se trouver dans l'édit du titre VIII, *De cognitoribus*, § 31, sur les actions des cités intentées avec l'autorisation du sénat local (D. 3, 4, 3), mais qu'aucun texte ne signale comme se trouvant dans cet édit, qui pourrait aussi bien alors avoir été pris, à l'appendice, dans la formule de l'action et que son isolement même autorise à ne pas attribuer à une partie de l'Album dont il ne reste rien ni dans le Probus systématique ni dans les extraits d'Einsiedeln.

in integrum restitutionibus et XII, *De satisdando* en omettant peu: uniquement le n° 8 *consilium cepit* et une partie du long n° 24, et en ajoutant quelque chose: deux abréviations de l'édit sur la *restitutio in integrum ob absentiam: rei publicae causa se dolo malo* et *videbitur in integrum.*[1]) Ensuite, pour la partie pour laquelle nous n'avons plus l'ouvrage original, l'abréviateur nous apparaît comme continuant à butiner dans le reste du corps de l'édit avec des extraits, d'ailleurs un peu clairsemés, pris par exemple assez probablement, aux titres XVII, *De rebus creditis*[2]), XXIV, *De iure patronatus*[3]), XXV, *De bonorum possessionibus*[4]), XXIX, *De damno infecto*[5]), XXXVIII, *Quibus ex causis in possessionem eatur.*[6]) Enfin on voit arriver à leur tour, représentés par des citations certaines, les appendices des formules d'actions, — non seulement

[1]) (R 14) R. P. S. D. M. *rei publicae* (le ms. *res puplice*) *causa se dolo* (ms. *damno*) *malo.* (V 26) V. I. I. *videbitur* (ms. *vindebitur*) *in integrum.* Cf. Ulpien, *12 ad ed.* D. 4, 6, 1, 1: *Praetor ait . . . cum sine dolo malo rei publicae causa abesset . . . si qua alia iusta causa esse videbitur, in integrum restituam.*

[2]) (F 34) F. P. P. R. *forma publica populi Romani*, qui peut se rapporter à l'édit sur le serment nécessaire ou à celui sur la *sponsio* et la *restipulatio tertiae partis* (Lenel, § 95), si ce n'est pas un extrait législatif du § 3 du Probus systématique (cf. Loi Rubria c. 21); (P 76) P. P. D. *pro parte dimidia*, de l'édit sur la *sponsio* et la *restipulatio dimidiae partis* (Lenel, § 97) et peut-être (Q 61) Q. P. N. (le ms. M.) M. C. *quod pondere numero mensura* (le ms. *mensuram*) *continetur*, qui pourrait d'ailleurs aussi appartenir à un édit ignoré du titre XX, *De re uxoria*, § 113, sur les délais de restitution de la dot.

[3]) (L 40) L. C. *libertatis causa.* (O 21) O. D. M. *opera donum munus* qui pourrait encore se trouver en d'autres lieux. Cf. Lenel, *Edit*, II, § 140, p. 64, n. 4 et 5.

[4]) (S 42) S. Q. M. M. M. M. M. *si quis manumissus* (le ms. *manumisit*) *manumissa moritur.* Cf. Lenel, II, § 150, *De bonis libertorum*, p. 175, n. 8. (D 18) D. M. O. *donum munus operas.* Cf. Paul, *53 ad ed.*, D. 50, 16, 53 *pr: Dicit praetor: si donum munus operas.*

[5]) Les abréviations *si de ea re qua de agitur* et *quae mea est*, si elles n'étaient déjà au titre 1, § 3 (p. 52, n. 2).

[6]) (F 30) F. C. L. *fraudationis causa latitat.* Cf. Ulpien, *5 ad ed.* D. 4, 7 *pr: Praetor ait: qui fraudationis causa latitabit* (P 78) P. P. V. *pupillus pupillave* qui vient plutôt de la rubrique du § 209 (Lenel, *Edit*, II, p. 156) où il peut y avoir eu *si pupillus pupilla heres erit* que de l'édit où il y a *pupilli pupillae.*

les termes généraux *iudex esto*, *si paret*, *si non paret*, *recuperatores sunto*[1]), qui, suivant notre troisième principe, ont dû être pris aux premières actions rencontrées, mais le groupe *Numerius Negidius*, *qua de re agitur*, *ob eam rem*, *oportet ex fide bona*, qui selon le même principe a dû être pris à la première action de bonne foi rencontrée, à la formule *in ius* de gestion d'affaires placée à la fin des formules relatives à la représentation judiciaire[2]), mais les termes *ea res agatur* des formules interrogatoires[3]), *ex iure quiritium* des actions réelles civiles qui commencent probablement par la pétition d'hérédité[4]), *melius aequius erit* de l'action *rei uxoriae*[5]), *ope consilio* de l'action *furti nec manifesti*[6]), etc.[7]); — des interdits — où l'on a encore dû prendre au premier interdit rencontré, l'interdit *quorum bonorum*, § 227, le groupe: *possessio data est*, *dolo malo*

---

[1]) (I 67) I. E. *iudex esto*. (S 33) S. P. *si parret* (S 38) S. N. P. A. *si non paret absolvito*. (R 10) R. S. *recuperatores sunto*. (V. p. 48, n. 2.)

[2]) (N 44) N. N. *Numerius Negidius*. (Q 26) Q. D. R. A. *qua de re agitur*. (O 18) O. E. R. *ob eam rem*. (O 22) O. F. F. B. *oportet* (le ms. *oportebit*) *ex fide bona*. Cf. Lenel, *Edit*, II, p. 121: *Quod Numerius Negidius negotia Auli Agerii gessit, qua de re agitur, quid quid ob eam rem . . . dare facere oportet ex fide bona*. — Il faut encore peut-être placer là, dans la formule donnée à l'*actor municipi* l'article *decreto decurionum* que la lacune signalée p. 52, n. 3 nous empêche d'attribuer à l'édit corrélatif.

[3]) (E 30) E. R. A. *ea res agatur* (le ms. *agitur*). Cf. Lenel, I, § 53, p. 168. Si l'on n'admettait pas cette rédaction pour la formule donnée à la suite d'*interrogationes in iure*, le membre de phrase appartiendrait à la formule de l'action *incerta ex stipulatu* de Gaius, 4, 137: *Ea res agatur quod A. Agerius . . . . .* (Lenel, § 55).

[4]) (E 29) E. I. Q. *ex iure Quiritium* Cf. Lenel, I, § 65, p. 202.

[5]) (M 36) M. A. E. *melius aequius erit*. Cicéron, *Top*. 17, 66: *In arbitrio rei uxoriae in quo est quod eius aequius melius erit*, où il renverse l'ordre des comparatifs; mais voir l'ordre de Probus dans le même, *De off*. 3, 15, 61; Labéon, D. 24, 3, 66, 7 et Proculus, D. 46, 3, 82.

[6]) (O 20) O. C. *ope consilio* (le ms. *ore concilio*). Cf. Gaius, 4, 37: *si paret ope consilio ve* avec la restitution certaine de *ope* (v. Lenel, *Edit*, II, § 128, p. 46).

[7]) V. par ex. encore (P 23) P. A. *pluviae arcendae* de la formule ou plutôt de la rubrique de l'action *aquae pluviae arcendae* (Lenel, § 177. D. 39, 3, *De aqua et aquae pluviae arcendae*).

fecisti, *restituas antequam ex iure exeas*[1]) et ensuite par ex. au premier interdit prohibitoire, l'interdit *ne vis fiat ei qui legatorum* § 230, la clause *vim fieri veto*[2]), un peu plus loin à l'interdit *de vi non armata*, § 245, *nec clam nec precario*[3]), à l'interdit *de liberis exhibendis*, § 262, *manu mancipio potestate* si on ne l'avait déjà trouvé ailleurs et peut-être *dolove malo tuo factum*[4]); — et sinon des exceptions, au moins des stipulations; — où l'on peut rattacher à la stipulation *pro praede litis et vindiciarum*, § 281, les mots *deperit deminutum*, et *herede cognitore*[5]) et où le groupe *rebus recte praestari* est rattaché par un texte d'Ulpien[6]) à une variante de la stipulation de la loi Falcidia, § 284.[7])

---

[1]) (P 35) P. D. E. *possessio data est.* (D 71) D. M. F. *dolo malo fecisti.* (R, 7) R A. Q. E. I. E. *restituas* (le ms. *restitutus*) *ante quam ex iure exeas.* Cf. D: 43, 2, 1 *pr. Ait praetor: Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est .... quodque dolo malo fecisti uti desineres possidere illi restituas.*

[2]) (V 24) V. F. V. *vim fieri veto.*

[3]) (M 12) N. C. N. P. *nec clam nec precario.* Cf. Gaius, 4, 154.

[4]) (M 34) M. M. P. *manu mancipio potestate.* (D 17) D. V. M. *dolo ve malo* (ms. *vel male*). (D 72) D. V. M. T. *dolo ve* (le ms. *vel*) *malo tuo.* Cf. Ulpien, *71 ad ed.*, D. 43, 30, 1 *pr: Ait praetor: qui quae ve in potestate* (avec l'allusion aux *coeteri, D, h. t.*, 3, 1) *L. Titii est, si is eave apud te est dolove malo tuo factum est ...*

[5]) (D 16) D. D. D. *deinde deperit deminutum.* (H 8) H. C O G. *herede cognitore.* Cf. Lenel, II, pp. 271 et 274, n. 3.

[6]) R. R. P. *rebus recte praestari.* Cf. Ulpien, *79 ad ed.* D. 50, 16, 71, 1: *Haec verba: his rebus recte praestari significant ...*

[7]) Au terme du dépouillement il ne reste plus que l'abréviation (S 25) S. P. M. *Sexti Pedii Medivani* signalée p. 24, n. 1, un massif d'abréviations relatives aux testaments qui ont pu se trouver dans le Probus original annexées au § des lois ou à celui des édits: (E 28) E. H. E. *ex heres esto* (le ms. *est*). (F 7) F. T. C. *familiam testamenti causa.* (H 7) H. Q. M. *heredemque meum.* (M 39) M. H. E. *michi heres erit.* (O 15) O. O. O. T. *omnia ornamenta omnia texta.* (P 47) P. S. T. Q. H. *Praecipito sumito tibique habeto.* (S 26) S. P. H. A. *secundum publicam hoc aere.* (S 32) S. N. P. M. S. R. S. S. Q. H. *sinne praesumere sibique habere.* (T 16) T. C. *testamenti causa.* (T 17) T. T. A. A. A. *tegulas testas aurum argentum aes.* (T 27) T. Q. H. *tibique habeto.* (V 10) V. M. M. *veste munda muliebrem* et enfin un résidu modeste de sept à huit abréviations non classées qu'un examen plus approfondi parviendrait probablement encore à localiser en partie dans notre paragraphe ou les précédents en même temps qu'il améliorerait sans doute quelques unes de nos identifications: (E 27)

Cela ne s'accorde pas si mal avec notre idée sur l'ordre de l'édit antérieur à Julien. Mais cela jette aussi un certain jour sur le ms. de l'ouvrage de Probus qui a été dépecé, médiatement ou immédiatement, dans les abréviations alphabétiques d'Einsiedeln. Il apparaît par là comme ayant contenu assurément et sans doute jusqu'au bout la suite de l'ouvrage qui manquait dans le ms. copié par Cyriaque, mais comme étant peut-être mutilé du commencement où l'on ne s'expliquerait pas très aisément sans cela qu'il n'eut été pris presque aucune abréviation de prénoms, et enfin comme n'ayant pas plus que le ms. de Cyriaque les abréviations allant du titre II au titre IX, qui se trouvaient donc probablement sur un feuillet déjà perdu dans un ancêtre commun du ms. copié par Cyriaque et de celui mis à contribution pour le recueil d'Einsiedeln.[1])

E. X. C. *ex consuetudine* que Huschke refuse non sans motif d'attribuer à Probus; (F 20) F. P. *fidei promissor* qui peut indifféremment s'être trouvé dans des lois ou dans des édits; (N 35) N. R. *non restituetur* et non, faut-il bien remarquer, *nisi restituat;* (O 16) O. A. Q. *omnes ad quos* qui peut encore venir d'un édit ou d'une loi; (O 23) O. O. *oportet oportebit* qui vient, à notre avis, quoique ni Mommsen ni Huschke ne le disent de la stipulation Aquilienne, D. 46, 4, 18, 1; (O 24) O. F. *ostia fenestrae* où le ms. porte seulement *fenestrae;* (R 6) R. N., *rerum novarum* que Huschke rapproche ingénieusement, mais sans que cela donne de conclusions bien sûres, du texte mutilé sur l'usufruit des *Fr. Vat.* 67 et enfin (R 11) R. R. *recte recipitur* que nous n'avons pas osé, peut-être à tort, rapporter à l'édit sur le *receptum argentarii.*

[1]) Cela a aussi pour résultat d'exclure à peu près complètement l'idée de Huschke selon laquelle les abréviations d'Einsiedeln que nous avons vu être absorbées à peu près intégralement dans les cinq § § connus du Probus systématique y auraient constitué un 6e § distinct intitulé *De iuris civilis libris* pour lequel il ne resterait guère que les abréviations des testaments, celle de la stipulation Aquilienne et une ou deux autres des abréviations de localisation incertaine.

Zur Lehre von der Auslegung der Willenserklärungen und der Bedeutung des Irrtums über ihren Inhalt.

Von

Eduard Hölder.

ERICH DANZ, der verdienstvolle Bearbeiter der Auslegung der Rechtsgeschäfte, hat neuerdings (Deutsche Jur.-Z. 1906, Sp. 1277 ff.) ausgeführt, es sei bezüglich der Frage, ob unser BGB. der *Willens-* oder der *Erklärungs*theorie folge, zu unterscheiden zwischen Rechtsgeschäften *unter Lebenden* und von *Todes wegen*. Für jene gelte die Erklärungstheorie, wie sich namentlich ergebe aus der Bestimmung des § 116, daß die Mentalreservation keine Nichtigkeit bewirke, was „die natürliche Folge der Erklärungstheorie" sei. Ganz anders stehe es bei den Verfügungen von Todes wegen. Hier liege „für das Gesetz gar kein Grund vor, das Prinzip von Treu und Glauben ... aufzustellen"; vielmehr müsse hier „die Privatautonomie des einzelnen glatt zur Durchführung gelangen". Fragen wir uns nach der Richtigkeit dieser Unterscheidung, so ergibt sich zunächst, daß im Sinn derselben nicht alle Verfügungen von Todes wegen, sondern nur die *letztwilligen* Verfügungen anderen Rechtsgeschäften entgegenzusetzen wären; denn weder lassen sich die Erbverträge als Akte der Privatautonomie des einzelnen bezeichnen noch läßt sich der Satz, daß für sie das Prinzip von Treu und Glauben nicht gelte, mit der Bestimmung des § 157 vereinigen, die dieses Prinzip für die Auslegung aller Verträge aufstellt. Und wenn Danz den Unterschied dahin bestimmt, daß bei anderen Rechtsgeschäften nur die den Parteien erkennbaren, dagegen bei Rechtsgeschäften von Todes wegen alle Umstände zu beachten sind, die einen Schluß auf den Willen ihres Urhebers gestatten, so ist klar, daß der Inhalt eines Erbvertrages ebensowenig wie der eines anderen Vertrages sich durch Umstände bestimmen darf, die nicht zur Zeit desselben entweder für den anderen Vertragsteil erkennbar

waren oder doch als für ihn erkennbar angesehen werden durften. In Wirklichkeit hat Treu und Glauben für die Auslegung nicht eine engere, sondern eine weitere Bedeutung als die durch § 157 bestimmte und gilt auch für letztwillige Verfügungen weder der Ausschluß dieses Prinzips noch insbesondere der Ausschluß ihrer Geltung durch Mentalreservation. Soll ein Testament nicht gelten, weil der Testator dem Intestaterben anvertraut hat, es sei ihm damit nicht Ernst und er wolle dadurch nur die in ihm Bedachten täuschen? Dafür besteht weder ein sonstiger Grund noch ein Anhalt im Gesetze. Allerdings bestehen aber Unterschiede zwischen letztwilligen und anderen Erklärungen. Ein Erklärungsinhalt, der für andere überhaupt nicht erkennbar ist, kommt bei keiner Willenserklärung in Betracht. Wenn er bei anderen Erklärungen etwas ist, worauf ihr Urheber sich nicht berufen darf, so ist bei allen Verfügungen von Todes wegen seine Geltendmachung auch tatsächlich dadurch ausgeschlossen, daß durch den Tod ihres Urhebers für niemand mehr existiert, was ausschließlich für sein Bewußtsein existiert hat. Sobald aber bewiesen werden kann, daß ihr Urheber sie in einem zunächst nicht aus ihnen zu entnehmenden Sinn gemeint hat, ist dadurch dieser Sinn für andere erkennbar. Beim Testamente genügt diese Erkennbarkeit unabhängig davon wann sie eintritt, weil hier die Erklärung nicht vollzogen ist als eine durch die Personen, denen sie gilt, entgegenzunehmende, in welchem Falle sie einen Inhalt nicht hat, bezüglich dessen nicht die Erwartung gehegt werden durfte, sie werde als eine Erklärung desselben entgegengenommen werden. Findet aber dadurch bei Testamenten in weiterem Umfange als bei anderen Erklärungen Beachtung für ihre Auslegung, was ihr Urheber gemeint hat, so sind sie andererseits formelle Erklärungen, die gebunden sind an das Mittel des gesprochenen und geschriebenen Wortes und daher keine mit seinem sprachgebräuchlichen Sinne schlechthin unverträgliche Auslegung zulassen. Erkennt der Empfänger meiner formlosen Erklärung, daß und wie ich mich versprochen oder verschrieben habe, so daß er meine Erklärung so versteht wie sie gemeint war, so ist sie eine Erklärung des von mir

gemeinten Inhalts, wogegen der Nachweis dessen, was der Testator anstatt des von ihm Geschriebenen hatte schreiben wollen, nichts daran ändert, daß er jenes nicht erklärt hat.

Die Unterscheidung einer Willens- und Erklärungstheorie ist, wie die meisten derartigen Schlagworte, nichts weniger als genau. Die Willenstheorie meint nicht, daß ein Wille, um zu rechtlicher Geltung zu gelangen, der Erklärung nicht bedürfte, findet aber, daß die Erklärung ihn als einen unabhängig von ihr existierenden offenbart. Die Erklärungstheorie findet, daß ich eine Willenserklärung vollziehen kann, ohne mir dessen, was ich durch sie als von mir gewollt erkläre, bewußt zu sein. Im Fall der Mentalreservation bin ich mir dessen bewußt, was ich als von mir gewollt erkläre. Übereinstimmung besteht über ihre Ignorierung, aber nicht über deren Grund. Nach den einen beruht er darauf, daß zwar in ihrem Falle eine wirkliche Willenserklärung nicht vorliegt, daß aber der Handelnde die dadurch vollzogene Vorspiegelung einer solchen gleich einer wirklichen Willenserklärung gelten lassen muß, weil er auf die durch diese Vorspiegelung vollzogene Täuschung wegen ihrer Unsittlichkeit sich nicht berufen darf. Von diesem Standpunkt geht § 116 aus, wie sowohl der Umstand zeigt, daß seine Urheber die Ignorierung der Mentalreservation besonders bestimmen zu müssen glaubten, als die Ausnahme, die sie von dieser Bestimmung gemacht haben. Um aber den entgegengesetzten Standpunkt einzunehmen, daß die Ignorierung der Mentalreservation aus dem Begriffe der Willenserklärung folgt, bedarf es nicht der Erklärungstheorie. Diese läßt als erklärt auch einen Inhalt gelten, den der Urheber der Erklärung nicht als von ihm gewollt erklären wollte. Im Falle der Mentalreservation hatte er dagegen den Willen, den bestimmten Inhalt als von ihm gewollt zu erklären. Daß es gegen Treu und Glauben wäre, geltend zu machen, er habe nicht gewollt, was er bewußt als von ihm gewollt erklärt hat, ist offensichtlich. Treu und Glauben hat aber Bedeutung für die Frage der Existenz wie des Inhalts einer Willenserklärung nicht als etwas ihrem Begriffe fremdes, sondern weil es in ihrem Begriffe liegt, in andren einen bestimmten Glauben

zu erwecken, den Lügen zu strafen wider Treu und Glauben wäre. Die Erklärungstheorie nimmt dies auch an, wenn der Handelnde sich nicht bewußt war, in andren gerade den bestimmten Glauben zu erwecken. War er sich aber dessen bewußt, so hat er unzweifelhaft durch die auf seine Erweckung berechnete Bezeichnung des bestimmten Inhaltes als eines von ihm gewollten diesen für den Empfänger seiner Erklärung zu einem von ihm gewollten erhoben. Mein Wille ist wandelbar, und es ist nicht abzusehen, warum er durch seine Offenbarung unwandelbar werden sollte. Bezeichne ich andren einen Inhalt als von mir gewollt, damit sie auf dessen Eigenschaft als eines von mir gewollten rechnen, so habe ich ihn zu einem solchen erhoben, den ich als einen von mir gewollten gelten lassen muß, und rechtliche Bedeutung hat nicht was ich will, sondern nur, was ich andren gegenüber als von mir gewollt geltend machen kann und gelten lassen muß. Wenn ich es als von mir gewollt gelten lassen muß, so muß ich auch als rechtlicher Mensch es wollen. Die Willenserklärung ist ein Bestimmungsgrund für das Verhalten teils ihres Urhebers teils ihrer Empfänger. Bei der Mentalreservation denkt man vorwiegend an Erklärungen bezüglich des eignen Verhaltens. Ihre Möglichkeit und ihre Ignorierung ist aber dieselbe in Anwendung auf Erklärungen bezüglich fremden Verhaltens. Ich kann weder andre zu einem bestimmten Verhalten auffordern noch ihnen ein bestimmtes eignes Verhalten zusagen, ohne daß es dadurch nach meinem Willen für sie die Eigenschaft eines von mir gewollten hat, die ich daher auch ihnen gegenüber als eine ihm zukommende gelten lassen muß. Würde ich einer Person etwas befehlen und zugleich einer andren mitteilen, daß ich die Verwirklichung des Befohlenen nicht will und etwa im letzten Moment vereiteln werde, wie Gott die Opferung Isaaks durch Abraham, so würde jene, wenn sie zufällig diese Mitteilung erführe, sich doch durch Unterlassung des ihr befohlenen Verhaltens des Ungehorsams schuldig machen, und es ist verfehlt, daß § 116 BGB. die Geltung der Erklärung ausschließt, wenn ihrem Empfänger die Mentalreservation bekannt geworden ist.

Durch die Ignorierung der Mentalreservation hat die Willenserklärung keinen andren Inhalt als den durch ihren Urheber bewußt erklärten. Es ist eine andre Frage, ob sie einen solchen haben kann, und diese Frage wird durch die Willenstheorie verneint, wie sie namentlich durch Savigny vertreten wird, was Rudolf Leonhard[1]) mit Unrecht bestreitet.

Savigny[2]) sagt: „Eigentlich muß der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden, und nur weil er ein inneres, unsichtbares Ereignis ist, bedürfen wir eines Zeichens, woran er von anderen erkannt werden könne, und dieses Zeichen, wodurch sich der Wille offenbart, ist eben die Erklärung". Er bezeichnet „die Übereinstimmung des Willens mit der Erklärung" als „ihr naturgemäßes Verhältnis". Dieses könne „eine Störung" erfahren. „Nun beruht aber alle Rechtsordnung gerade auf der Zuverlässigkeit jener Zeichen, wodurch allein Menschen mit Menschen in eine lebendige Wechselwirkung treten können. Daher darf die erwähnte Störung nicht angenommen werden in dem einfachsten dafür denkbaren Fall" (der Mentalreservation), sondern nur, wenn sie „für den, welcher mit dem Handelnden in unmittelbare Berührung kommt, erkennbar ist oder wird, also unabhängig bleibt von dem bloßen Gedanken des Handelnden". Solcher Fälle unterscheidet er nun zwei: „die absichtliche" und „die unabsichtliche Erklärung ohne Willen", oder den Fall, daß die Erklärung nicht als eine ernstliche, und den Fall, daß sie in Verkennung des dadurch Kundgegebenen vollzogen wurde. In beiden Fällen verneint er die Existenz einer Willenserklärung. Aus der notwendigen Zuverlässigkeit der den Verkehr der Menschen vermittelnden Zeichen folgert er also nicht, daß, wer sich dieser bedient, ihren verkehrsüblichen Sinn auch dann gelten lassen muß, wenn er ihn nicht kannte, sondern nur, daß, wer ihn kannte, sich nicht darauf berufen darf, er habe ihn nicht gemeint. Auch darin sieht Savigny eine aus Gründen der Zweckmäßigkeit notwendige Ausnahme von der grundsätzlich dem Willen zukommenden Bedeutung. Die Erklärung soll Bedeutung

[1]) Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge. 2. Aufl. I S. 12ff.
[2]) System des heut. R. R. III, S. 258ff.

nur haben als ein Kennzeichen seiner Existenz; sie soll aber in jenem Falle als ein solches gelten, obgleich sie ein solches nicht ist. Die „Störung" des „naturgemäßen Verhältnisses", daß sie ein solches ist, „darf nicht angenommen" d. h. muß ignoriert werden, obgleich sie tatsächlich vorliegt; bezeichnet doch Savigny den Fall der Mentalreservation als den einfachsten für diese Störung denkbaren Fall. Man hat nun der Theorie Savignys als der *Willens*theorie eine *Erklärungs*theorie gegenübergestellt in dem Sinne, daß die Willenserklärung den durch sie kundgegebenen Inhalt auch dann hat, wenn ihn ihr Urheber bei ihrer Vollziehung nicht gekannt hat. Und im Gegensatz zu § 116 BGB., der von Savignys Theorie ausgeht, vertritt diese Erklärungstheorie § 119 BGB.; denn der Fall, für den hier die Anfechtbarkeit der Erklärung und damit ihre rechtliche Existenz als einer nicht angefochtenen bestimmt wird, ist ein solcher, der nach Savignys Theorie die Existenz einer Willenserklärung ausschließt. „Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte", hat nach Savigny eine Willenserklärung nicht vollzogen; war doch seine Kundgebung nur eine scheinbare Offenbarung seines Willens, also ebensogut eine bloße Scheinerklärung wie die Erklärung, die er bewußt als eine solche vollzogen hat.

Gehen so die zwei Paragraphen § 116 und 119 von entgegengesetzten Standpunkten aus, so fragt sich, welchen Standpunkt § 118 einnimmt. Nach ihm ist nichtig „eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden". Diese Erwartung ist aber durch die Eigenschaft der Erklärung als einer nicht ernstlich gemeinten gegeben, sobald damit nicht nur die schon nach § 116 bedeutungslose reservatio mentalis gemeint ist; denn wer eine Erklärung so vollzieht, daß ihr Empfänger sie für eine ernstliche halten soll, vollzieht sie als eine ernstliche. Vollzieht er sie in der Absicht, daß ihr Empfänger sie nicht für eine ernstliche halten soll, so vollzieht er sie nicht als eine ernstliche und versteht sich für die Willenstheorie von selbst, daß sie eine Willens-

erklärung nicht ist. Für die Erklärungstheorie fragt sich, ob sie nur gilt für Kundgebungen, die nach der Absicht ihres Urhebers Willenserklärungen sind, oder auch für Kundgebungen, die zwar nicht nach der Absicht ihres Urhebers Willenserklärungen sind, aber ihrem Empfänger als solche entgegentreten, weil die Umstände, die diese Eigenschaft derselben für das Bewußtsein ihres Urhebers ausschlossen, nicht existierten als wirkliche oder mögliche Gegenstände des Bewußtseins ihres Empfängers. Das Gesetz schließt eine solche Ausdehnung der Erklärungstheorie aus, da es durch die Erwartung, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, oder, was in Wirklichkeit dasselbe ist, durch die Vollziehung der Erklärung als einer nicht ernstlichen ihre rechtliche Existenz unabhängig davon ausgeschlossen sein läßt, ob jene tatsächlich gehegte Erwartung auch gehegt werden durfte, also der Mangel der Ernstlichkeit für den Empfänger der Erklärung erkennbar war abgesehen von solchen seinem Lebensgebiet angehörenden Umständen, auf die ihr Urheber nicht gefaßt zu sein hatte.

Läßt sich § 116 dafür anführen, daß die Verfasser des Gesetzes die Ignorierung der Mentalreservation besonders bestimmen zu müssen glaubten, also nicht schon durch den Begriff der Willenserklärung gegeben fanden, so läßt sich § 118 dafür anführen, daß sie die Beachtung eines solchen Mangels der Ernstlichkeit, der dem andren nicht erkennbar war, besonders bestimmen zu müssen glaubten, also nicht schon durch den Begriff der Willenserklärung gegeben fanden, was sie nur tun konnten vom Standpunkte der Erklärungstheorie aus. Jedenfalls ist diese zu praktischer Geltung gelangt dadurch, daß nach dem Gesetze die Willenserklärung einen anderen Inhalt haben kann als den für das Bewußtsein ihres Urhebers ihr zukommenden, und zwar nicht nur durch sein eigenes einen anderen Inhalt als von ihm gewollt bezeichnendes Verhalten, sondern auch nach § 120 durch die unrichtige Übermittelung seiner Willenserklärung. Der Urheber einer Willenserklärung vollzieht sie also nicht als eine Erklärung des von ihm gemeinten Inhaltes, sondern als eine Erklärung des entweder schon durch ihre Vollziehung oder auch erst durch ihre

Übermittlung kundgegebenen Inhalts. Er kann sie als eine solche vollziehen, ohne sich um diesen Inhalt zu kümmern. Das Normale ist aber, daß er sich um ihn kümmert und die Erklärung deshalb vollzieht, weil sie, wie er glaubt, den Inhalt hat, um dessen Erhebung zu einem zu Recht bestehenden es ihm zu tun ist.

Man pflegt zu unterscheiden den Irrtum im Motiv und den Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung. Im Gegensatze zu andren lediglich für den bestimmten Handelnden entscheidenden Umständen ist aber normalerweise seine Meinung über den Inhalt seiner Willenserklärung für jeden Urheber einer solchen entscheidend. War jene irrig, so existiert ein Irrtum nicht bezüglich eines beliebigen für den bestimmten Handelnden bestehenden Motives, sondern bezüglich eines normalerweise für jeden Urheber der bestimmten Willenserklärung bestehenden Motives. Nach gemeinem Recht entspricht der Beschränkung der Ungültigkeit wegen Irrtums auf den Fall dieses Motives ihre Beschränkung auf den Fall einer solchen Differenz des gemeinten und erklärten Inhalts, die normalerweise für jeden Urheber der bestimmten Willenserklärung entscheidende Bedeutung hat, was das BGB. nur annimmt für den besonderen Fall[3]) des

[3]) Lenel sagt (Iherings Jahrb. 44, S. 1 ff.), er wolle nicht auf die Frage eingehen, ob der Eigenschaftsirrtum ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung sei oder nur als solcher behandelt werde, sowenig ihm die Entscheidung zweifelhaft sei. Ihm scheint die Verneinung der ersten Frage unzweifelhaft zu sein. Den Inhalt eines Kaufs z. B bildet aber der Kauf *dieser* Sache, und der Käufer, der ihr eine wesentlich andre Beschaffenheit zuschreibt als sie hat, stellt sich als Gegenstand seines Kaufs anstatt dieser eine andre nicht existierende Sache vor. Erklärt er, das vor ihm liegende Buch zu kaufen, das er für ein Corpus juris hält, während es eine Bibel ist, so glaubt er irrtümlich, ein Buch zu kaufen, das mit dem für sein Wesen gleichgültigen und dem Kaufobjekte wirklich zukommenden Merkmal, zurzeit an dieser Stelle zu liegen, das für sein Wesen entscheidende Merkmal verbindet, ein Corpus juris zu sein. Geradezu verkehrt ist es, einer „bloßen“ Eigenschaft das Individualisierungsmerkmal als etwas wichtigeres gegenüberzustellen. Daß eine Sache zu bestimmter Zeit einen bestimmten Raum einnimmt, unterscheidet sie von jeder andren Sache, ist also ein Individualisierungsmerkmal, wogegen keine Eigenschaft ein solches ist, die ihr nicht im Gegensatz zu jeder andren Sache zukommt.

Irrtums über eine Eigenschaft des Gegenstandes der Erklärung. Wenn im übrigen nach dem BGB. zur Anfechtung der Erklärung wegen Irrtums genügt, daß der bestimmte Handelnde „sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde", so fordert es für die Beachtung des Irrtums zu einem Teile weniger, aber auch zu einem andren Teile mehr. Nach gemeinem Rechte kamen dafür weder die individuellen Verhältnisse noch die individuellen Anschauungen des Handelnden in Betracht. Jetzt kommen dafür zu seinen Gunsten in Betracht seine individuellen Verhältnisse, weil ihn ein Irrtum zur Anfechtung berechtigt, der bei verständiger Würdigung des Falls wegen jener für ihn entscheidend war. Und zu seinen Ungunsten kommen in Betracht seine individuellen Anschauungen, weil er einen für einen Verständigen entscheidenden Irrtum nicht geltend machen kann, wenn er wegen seines Unverstandes für ihn nicht entscheidend war. Mit Recht macht dies Gradenwitz[4]) geltend gegen die Ausführungen meines Kommentars zum allgemeinen Teil des BGB. S. 260. Richtig haben diese betont, daß nur beachtet wird der Irrtum, der für den bestimmten Handelnden als einen verständigen entscheidend war. Ein solcher liegt aber, wie sie verkannt haben, nicht vor, wenn ein Irrtum, der für den Handelnden als einen verständigen entscheidend gewesen wäre, wegen seines Unverstandes diese Bedeutung für ihn nicht gehabt hat.

Die Geltendmachung des Irrtums über den Inhalt der Erklärung ist eine Geltendmachung des Inhalts, den der Handelnde erklären wollte, als eines solchen, der verschieden ist von dem Inhalte, den er erklärt hat. Gradenwitz (a. a. O. S. 4) sagt, wer seine Erklärung als eine irrtümliche anfechte, werde den von ihm gemeinten Inhalt in aller Regel angeben müssen. Er muß ihn aber immer angeben; denn nur dann besteht anstatt bloßer zur Anfechtung nicht berechtigender Unkenntnis des Inhalts Irrtum über ihn, wenn der Handelnde anstatt des durch ihn kundgegebenen Inhalts einen andren gemeint hat, und er kann nicht ohne

---

[4]) Anfechtung und Reurecht beim Irrtum S. 53.

dessen Angabe seine Erklärung als eine Erklärung jenes Inhalts anfechten.

Die Anfechtung hat als solche einen negativen Inhalt; sie ist ein Widerspruch gegen die Geltung des Angefochtenen, der als rechtsgültiger diese ausschließt. Die Anfechtung wegen Irrtums hat aber nicht ausschließlich einen negativen Inhalt. Sie macht geltend nicht nur, daß der Handelnde den von ihm kundgegebenen Inhalt nicht gewollt, sondern auch, daß er anstatt desselben einen andren gewollt hat. Ist dieser ein noch von ihm gewollter, so wird er mit der Anfechtung der Erklärung als einer solchen, die jenen Inhalt hat, eine Vollziehung der Erklärung dieses Inhaltes verbinden. Will er aber diesen Inhalt nicht mehr, so scheint sich, worauf aufmerksam gemacht zu haben ein wesentliches Verdienst der erwähnten Schrift von Gradenwitz ist, ein den Anforderungen von Treu und Glauben entschieden widersprechendes Resultat zu ergeben. Er hat einen Antrag gestellt, der, wenn er den von ihm gewollten Inhalt kundgäbe, unwiderruflich wäre. Er hat sich aber dabei verschrieben und ficht nun, weil aus irgend einem Grunde auch der von ihm gemeinte Inhalt des Antrags seinem Willen nicht mehr gemäß ist, den Antrag an, ohne einen Antrag des damals von ihm gewollten Inhalts zu stellen. Muß der andre sich das gefallen lassen trotz seiner Bereitschaft, anstatt des ihm ursprünglich kundgegebenen den vom Antragsteller gemeinten Inhalt des Antrags gelten zu lassen?

Natürlich fällt diese Frage weg, wenn der vom Antragsteller gemeinte Inhalt des Antrags ein möglicher von vornherein nicht war oder nicht mehr ist. So im Fall des Irrtums über eine wesentliche Eigenschaft des Erklärungsgegenstandes. Bezog sich für mein Bewußtsein meine Erklärung auf den bestimmten Gegenstand als einen solchen von bestimmter ihm in Wirklichkeit fremder Beschaffenheit, so existiert der Gegenstand nicht, auf den sie für mein Bewußtsein sich bezog. Ein nicht mehr möglicher ist der Inhalt des Antrags, wenn z. B. der bei einer Bestellung begangene Irrtum so spät entdeckt wurde, daß sie nicht mehr zu der Zeit ausgeführt werden kann, zu der sie spätestens ausgeführt werden sollte.

Dagegen fällt unsere Frage nicht notwendig weg durch den Ablauf der Zeit, innerhalb welcher die Annahme erfolgen sollte; denn die Rücksicht auf Treu und Glauben kann eine Verlängerung derselben durch den Umstand ergeben, daß wegen des fehlerhaften Verhaltens des Antragstellers der nach seinem Willen seinem Antrag zukommende Inhalt dem andren erst später bekannt geworden ist.

Daß die Geltendmachung des von ihrem Urheber gewollten Inhalts der Erklärung ausschließlich eine Anfechtung derselben als einer Erklärung von anderem Inhalte sei, läßt sich schon deshalb nicht sagen, weil sie keineswegs stets überhaupt eine solche ist. Sie verhält sich zu der Erklärung, deren vom Handelnden gewollten Inhalt sie geltend macht, als eine Erläuterung, die den ohne sie jener zukommenden Inhalt möglicherweise ändert, möglicherweise näher bestimmt und möglicherweise lediglich bestätigt. Ich habe einen Brief geschrieben, worin ich fürchte, mich in andrem als dem von mir gemeinten Sinne oder auch nur nicht genau genug ausgedrückt zu haben. Ich schicke ihm einen andren Brief nach, der angibt, was ich hatte erklären wollen. War meine ganze Befürchtung unbegründet, so hat der zweite Brief keine Bedeutung als die, daß er den Inhalt des ersten Briefes wiederholt und möglicherweise die Annahmefrist für den Empfänger verlängert. Verhält sich meine zweite Kundgebung zur ersten als eine solche nähere Bestimmung, durch die ich erst einen Inhalt von solcher Bestimmtheit kundgebe, wie sie für eine zu Recht bestehende Willenserklärung erforderlich ist, so ist erst jetzt eine solche vollzogen. Hatte die erste einen Inhalt von genügender Bestimmtheit kundgegeben, anstatt dessen die zweite einen andren kundgibt, so ist jene angefochten oder widerrufen. Konnte sie aber nur widerrufen werden durch Geltendmachung des Umstandes, daß ich von vornherein anstatt derselben eine andre gewollt hatte, so kann ich zwar diese andre Erklärung nicht gegen den Willen des andren als eine damals von mir vollzogene geltend machen, muß sie aber, wenn dies seinem Willen gemäß ist, als eine solche gelten lassen. Auf den Umstand, daß der von mir gewollte Inhalt nicht in einer für den anderen erkennbaren

Weise zum Ausdruck gelangt war, kann er sich gegen mich berufen, kann ich aber nicht mich gegen ihn berufen, falls er ihn zu ignorieren bereit ist. Für mein Bewußtsein war die durch die zweite korrigierte Erklärung eine Erklärung des dieser zukommenden Inhaltes. Sie hatte aber dem andren gegenüber die Geltung einer solchen nicht erlangt, weil dieser Inhalt durch sie nicht ausgedrückt war in einer vom andren erkannten oder für ihn erkennbaren Weise. War er nicht in einer Weise ausgedrückt, daß seine Erkenntnis durch den andren erwartet werden durfte, so war er doch ihm kundgegeben und dadurch zu rechtlicher Existenz gelangt, wenn jene Erwartung trotzdem in Erfüllung gegangen ist. Haben meine Worte an sich einen andren Inhalt bezeichnet als den sie bezeichnen sollten, so habe ich trotzdem dem andren den von mir gemeinten Inhalt kundgegeben, wenn dieser erkannt hat, daß und wie ich in ihrer Wahl mich vergriffen hatte, wie auch, wenn meinem Fehler, durch den ich ein andres Wort als das gewollte sprach oder schrieb, der umgekehrte Fehler des andren entsprach, durch den er anstatt des wirklich von mir gebrauchten Wortes das Wort, das ich hatte brauchen wollen, hörte oder las. Ist der Inhalt einer Willenserklärung weder mit der Meinung ihres Urhebers noch mit der Meinung ihres Empfängers über ihn identisch, so gibt es doch keinen unabhängig von der Meinung beider schlechthin gegebenen Inhalt derselben. Wurde sie als eine Erklärung desselben Inhalts vom einen vollzogen und vom andren entgegengenommen, so ist sie eine Erklärung dieses Inhaltes, es wäre denn eine für deren rechtliche Existenz erforderliche Form nicht beobachtet. Ist sie überhaupt nicht oder doch nicht als eine Erklärung des von ihrem Urheber gemeinten Inhalts zur Kenntnis ihres Empfängers gelangt, so hat sie diesen Inhalt doch, wenn er durch sie so zum Ausdruck gelangt ist, daß ihre Kenntnis seine Erkenntnis bewirkt hätte ohne die Dazwischenkunft solcher Umstände, auf die ihr Urheber nicht gefaßt zu sein hatte. Andrenfalls hat sie jenen Inhalt nicht als einen solchen, den ihr Urheber geltend machen kann. Sie hat ihn aber als einen solchen, den ihr Urheber gelten lassen muß. Er ist durch sie nicht so zum Ausdrucke gelangt,

daß der andre sie als seinen Ausdruck gelten lassen muß, was aber nicht ihren Urheber berechtigt, sie nicht als solchen gelten zu lassen, falls der andre ihn als solchen gelten läßt. Der andre kann sie geltend machen als Ausdruck des Inhaltes, als dessen Ausdruck er sie ansehen durfte. Daß sie für ihren Urheber ein Ausdruck desselben nicht war, ist gleichgültig, wenn er sich darum, welchen Inhalt sie für andre ausdrückte, nicht gekümmert, also bewußt einen ihm unbekannten Inhalt kundgegeben hat. Hat er dagegen für sein Bewußtsein dadurch einen andren Inhalt ausgedrückt, so entgeht er der Notwendigkeit, den dadurch für ihren Empfänger ausgedrückten Inhalt gelten zu lassen, dadurch, daß er jene Differenz unverzüglich geltend macht, nachdem er sie erkannt hat. Ihre Geltendmachung ist eine Geltendmachung seiner Erklärung als einer solchen, durch die er einen andren als den durch sie für ihren Empfänger ausgedrückten Inhalt ausdrücken wollte, die also nach seinem Willen von vornherein den Inhalt haben sollte, der ihr auch für den andren zugekommen wäre, wenn der nun berichtigte Fehler nicht begangen worden wäre. Durch dessen unverzüglich nach seiner Entdeckung vollzogene Berichtigung wird sie zu einer solchen, die der andre nicht mehr geltend machen kann als Erklärung des ursprünglich durch sie ihm kundgegebnen, aber nun geltend machen kann als Erklärung des durch die vollzogene Berichtigung ihm kundgegebenen Inhaltes.

Das BGB. kennt selbst eine Anfechtung, die in Wirklichkeit mehr als eine bloße Anfechtung ist, weil sie anstatt der angefochtenen Willenserklärung eine andre vollzieht, die ohne den Irrtum, wegen dessen die Anfechtung erfolgt, anstatt jener vollzogen worden wäre. So die Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft, die nach § 1957 eine Ausschlagung oder Annahme derselben ist. Wäre sie eine bloße Anfechtung, so würde durch sie nur die angefochtene Entscheidung ungeschehen, so daß die Erbschaft nun wieder weder angenommen noch ausgeschlagen wäre. Nach der Bestimmung des Gesetzes kann ich aber die erfolgte Entscheidung nicht anfechten, ohne die entgegengesetzte zu treffen. Ob ich dadurch tatsäch-

lich diese treffen will, ist dafür gleichgültig, weil von Rechts wegen der Wille der Anfechtung jener den Willen der Vollziehung dieser in sich schließt. Ebenso schließt die Geltendmachung, daß anstatt des erklärten Inhaltes ein andrer gewollt war, mit den erwähnten Ausnahmen die Ersetzung der zunächst vollzognen durch eine andre Willenserklärung in sich unabhängig davon, ob diese Ersetzung vom Handelnden tatsächlich gewollt ist. Sollte auch, wer geltend macht, er habe anstatt der bestellten Ware eine andre gewollt, beifügen, er wolle diese nicht mehr, so wäre doch, wenn er sie vom andren noch für die Zeit bekommen kann, für die er sie bestellt hat, dieser berechtigt, jenen Zusatz zu ignorieren und die Bestellung der vom Besteller gemeinten Ware als eine zu Recht bestehende anzunehmen. Er wäre dazu berechtigt nicht durch eine Spezialbestimmung des Gesetzes, aber durch die entscheidende Bedeutung von Treu und Glauben für die Auslegung der Willenserklärungen.

Zum Wohn- und Wirtschaftsrecht in den Papyri.

Von

Leopold Wenger.

as Studium der graeko-aegyptischen Papyri hat bereits eine Reihe von Rechtsinstituten namhaft machen können, deren Existenz für das römische Recht aus den römischen Quellen nicht nachweisbar gewesen ist. Soferne früher derartige Institute im deutschen Recht bekannt waren, war man geneigt, sie als Specifica der deutschen Rechtsbildung anzusehen und für die deutsche Rechtsgeschichte zu reklamieren. Ein Rechtsinstitut, bei dem diese Behandlung typisch war, ist das Grundbuchsrecht. Seit Mitteis' aufsehenerregenden Untersuchungen über das graeko-aegyptische Grundbuchsrecht ist die Märe von der deutschrechtlichen Natur dieses Institutes verschwunden. Diese und ähnliche Untersuchungen warfen einen hellen Lichtschein auf den von der Forschung zu beschreitenden Weg. Wir mußten uns zunächst von der stillschweigend geschehenden, ja gewiß vielfach unbewußten Ausdehnung römischer Rechtsregeln über das Herrschaftsgebiet des römischen Rechts hinaus frei machen. Wir lernten die theoretischen Ausführungen über die Personalität des Rechts zunächst praktisch einschätzen. Wir sahen aber darüber hinaus, daß der römische Bürger gar manches auch auf rechtlichem Gebiete in den Provinzen zulernte und sich nicht eigensinnig gegen lokale Rechtssatzungen verschloß, die ihm aus dem heimischen Stadtrecht nicht bekannt waren. Wir lernten endlich den größten Triumph von Satzungen des Volksrechts des Ostens dort kennen, wo diese ins Reichsrecht übernommen wurden. Das aegyptische Grundbuchsrecht weist uns nachdrücklich auf das Agrarrecht als auf ein Gebiet hin, wo sich mancher Unterschied des Rechts der Papyri von dem der klassischen Quellen Roms und gleicherweise manche Analogie zwischen jenem und dem deutschen Privatrechte finden läßt. Ich stelle

hier einige Fälle zusammen, die dem Wohn- und Wirtschaftsrechte Aegyptens angehören und aus den sozialen Verhältnissen der bäuerlichen Bevölkerung Aegyptens ihre Erklärung finden. Es soll da denn zunächst ein Fall von Stockwerkeigentum besprochen werden, dann aus dem landwirtschaftlichen Pachtrecht ein Fall von Viehverstellung, endlich zwei ebenfalls auf landwirtschaftlichem Boden erwachsene Beispiele von Verträgen zugunsten Dritter, eine Vereinbarung, die an das deutschrechtliche Halftergeld gemahnt und eine andere, die ich trotz der äußerst schlechten Erhaltung des Papyrus ohne Bedenken dem deutschrechtlichen Gutsabtretungsvertrag mit Vereinbarungen für die Geschwister zur Seite stellen möchte.

1. In dem aus dem Faijum stammenden Papyrus 14 der jüngst publizierten Straßburger Sammlung [1]), einem Kaufkontrakt aus dem Jahre 211 n. C., verkauft eine Frau Heraklous an die durch ihren Oheim vertretene unmündige Taësis einen Festsaal *(συμπόσιον)* auf dem flachen Dache *(δῶμα)* eines Hauses. Die Urkunde gewinnt besondere Bedeutung durch das Objekt des Vertrags. Sie regt damit die dem Rechtshistoriker und dem modernen Dogmatiker wohlbekannte Frage nach dem *getrennten Eigentum an Stockwerken* an. Der romanistischen Doktrin gilt seit Savigny gesondertes Eigentum an Teilen eines Gebäudes nach horizontaler Richtung als „juristische Unmöglichkeit". Pineles hat in einem Aufsatze über die communio pro diviso [2]) den Einfluß von Savignys Theorie auf die Gesetzgebung vor allem Österreichs und Deutschlands geschildert. [3]) Es verlohnt sich als Kommentar zum Papyrus auf das moderne Recht hier kurz einzugehen. Das österreichische Gesetz vom 30. März 1879, RGBl. Nr. 50 verbietet die Begründung des Stockwerkeigentums direkt, allerdings nur für jene Länder, in denen das Grundbuchsgesetz vom 25. Juli 1871 in Wirksamkeit steht. Als nun dieses Gesetz in Tirol eingeführt wurde (Landesges. v. 17. März 1897, LGBl. Nr. 9), mußte unter manchen anderen Ausnahmen

[1]) Griech. Papyrus der Biblioth. z. Straßburg i. E. herausg. u. erläut. v. Fr. Preisigke. I, 1. 1906. — [2]) Grünhuts Zeitschr. 29, 705—738. 30, 767—778. — [3]) A. a. O. 730 ff.

auch von der Untersagung des Stockwerkeigentums für Südtirol (Kreisgerichtssprengel Trient und Rovereto) Umgang genommen werden (Reichsges. v. 17. März 1897, RGBl. Nr. 77 Art. XVI).

Was nun den Rechtshistoriker besonders an der Sache interessiert, und diesen Exkurs ins moderne Recht entschuldigen mag, ist die Motivierung dieses Sonderrechtes für Südtirol in den Motiven der Regierungsvorlage, deren Einsichtnahme ich der Güte des Herrn Hofrates Professor Steinlechner in Graz verdanke.[1]) Es heißt da: „Die physische Häuserteilung kommt im italienischen Tirol, wo gesetzliche Vorschriften über die bäuerliche Erbfolge und Beschränkungen der Teilbarkeit von Grund und Boden niemals zur Geltung kamen, ungemein häufig vor; in den Städten bildete sie wohl eine übrigens nicht seltene Ausnahme, am Lande aber die Regel. Dieselbe beruht auf der Anlage, Lebensart und Wirtschaftsführung der Bevölkerung und ist das Ergebnis des Individualitätsprinzips, das allenthalben zutage tritt. In Erbfällen wird der Nachlaß regelmäßig unter die Interessenten in natura geteilt. Jeder derselben erhält ein Stück Grund, jedem wird ein Anteil am Hause zugewiesen, zumal die Armut der Bevölkerung die Erbauung neuer Häuser verhindert; daher tritt nicht selten der Fall ein, daß das Haus sogar nach Zimmern unter die Besitzer geteilt erscheint". Hier, in Südtirol, ist also die Neubegründung des Stockwerkeigentums jedenfalls zulässig — und was dafür das moderne Gesetz anführt, mag fast Wort für Wort auch auf die Lebensführung des armen aegyptischen Bauern gepaßt haben. Es ist schon von anderer Seite[2]) gezeigt worden, daß das Stockwerkeigentum alles eher ist, denn eine deutschrechtliche Besonderheit, wenngleich es als solche noch manchmal aufgefaßt wird. Es stand, wenn wir in den östlichen Gebieten des Römerreichs danach suchen, in Syrien in allgemeiner Anerkennung. Arm. 132 und Lond. 98 des syrisch-römischen Rechtsbuches beweisen das. Ich schalte hier gelegent-

---

[1]) Stenograph. Ber. d. Tiroler Landtags, VIII. Periode, I. Session 1896. Beilage 25. Erl. Bem. z. Art. XV, S. 11f. — [2]) Pineles, a. a. O.

lich aus viel früherer Zeit, als die ist, von der wir handeln, eine Beobachtung aus dem altbabylonischen Rechte ein, auf die mich mein Freund Koschaker gelegentlich aufmerksam gemacht hat. In einem Kaufvertrage aus der Zeit Immerums (etwa 2000 v. C.) wird unter anderem verkauft: eine Kammer im Grundgeschoß des Bierhauses . . . nebst ihren Wänden.[1] Auch hier Stockwerkeigentum. Für das byzantinische Recht beruft sich Pineles[2]) auf Harmenopulos II, 4 §§ 40. 42, Bestimmungen, die allerdings als *ἐπαρχικά* bezeichnet nur lokales Gewohnheitsrecht darstellen, wie dies Pappulias[3]) gezeigt hat. Aber gerade diese Korrektur bringt eine neue Parallele zur Geltung des Stockwerkeigentums als eines *lokalen Sonderrechtes* in der modernen Gesetzgebung.[4]) Eleutherides nimmt[5]) ebenso wie Pineles[6]) aber auch Stockwerkeigentum für das alte Rom an. Beide stützen sich auf Dion. Halic. 10, 32, wo es über das die Besiedlung des Aventins regelnde izilische Gesetz heißt, daß danach manche gemeinsam ein Haus bauten und um die Stockwerke losten. *Εἰσὶ δὲ οἱ σύνδυω καὶ σύντρεις καὶ ἔτι πλείονες συνιόντες οἰκίαν κατεσκευάζοντο μίαν, ἑτέρων μὲν τὰ κατώγεα λαγχανόντων ἑτέρων δὲ τὰ ὑπερῷα.* Indes mag diese juristisch unklare Stelle wohl auch auf Superficies gedeutet werden.[7]) Ohne auf diese Streitfrage im römischen und altgriechischen Rechte[8]) hier näher einzugehen, sei nur bemerkt, daß der Satz: superficies cedit solo, womit die Romanistik jedes Sondereigentum an Teilen eines Gebäudes nach horizontaler Teilung ablehnte, auch auf dem Boden des römischen Rechts im Altertum keineswegs unbedingte Geltung hatte. Es mag mit dieser Rechtsparömie keine andere Bewandtnis gehabt haben als mit manchem anderen romanistischen Axiom: die Römer haben es weniger ernst genommen, als die Romanisten späterer Zeiten. Uns genügt es einstweilen die Parallele gezogen zu

---

[1]) Meißner, Beiträge zum altbabylon. Privatrecht. Nr. 35, Z. 2f. — [2]) A. a. O. 30, 767ff. — [3]) Zeitschr. d. Savigny-Stift. 27, 363f. [4]) Vgl. auch Pappulias, Zeitschr. d. Sav.-St. 24, 461f. — [5]) In seinem Buche *Ἡ ἀκίνητος ἰδιοκτησία ἐν Τουρκίᾳ*. Athen 1903. Besprochen von Pappulias, a. a. O. 460/2. — [6]) A. a. O. 30, 708f. [7]) So Pernice, Ztschr. d. Sav.-St. 5, 90. — [8]) Pineles, a. a. O. 29, 711f. Pappulias, a. a. O. 27, 363.

haben zwischen dem modernen Recht, wo gewisse Lebensverhältnisse das Stockwerkeigentum gebieterisch verlangen, so sehr es auch die Theorie verurteilen mag, und zwischen dem Vorkommen desselben Rechtsverhältnisses im Altertum. Schon Pineles hat nun auf einige Rainerpapyri hingedeutet [1]), wo Teile eines Hauses verkauft, bzw. vermietet werden, und daran [2]) die Vermutung geknüpft, daß hier sowohl als „auch in vielen Fällen, wo im Vertrage partes pro indiviso (Bruchteile) genannt werden, in der Tat doch partes pro diviso (physisch bestimmte Teile) des Hauses Gegenstand des Vertrages" seien. Indes selbst beim Verkauf eines *τέταρτον μέρος καταλύ(μα)τος* könnte man sich noch mit dem Gedanken an eine Idealteilung [3]) helfen wollen. Aber — und hierin liegt die ausschlaggebende Bedeutung unseres Papyrus — im P. Straßb. 14 ist jeder Gedanke an communio pro partibus indivisis geradezu ausgeschlossen. Die Verkäuferin erklärt: *πεπρα[κέναι]* — (Z. 11 f.) *τὸ ὑπά[ρ]χον αὐτῇ κοινῶς ἐν κώμῃ Εὐημε[ρείᾳ τῆς Θεμίστου μερίδος ἐ]ν ἀπρ[ά]τῳ δώματι συμπόσιον ἐν τῇ λαύρᾳ τῶν Ποιμένων κτλ.*, d. h. „verkauft zu haben den als Anteil (pars divisa des Hauses) ihr gehörigen, im Dorfe Euhemeria des Themistes-Kreises belegenen, auf einem unverkäuflichen flachen Dache in der Hirtenstraße aufgebauten Festsaal". Wie schon der Herausgeber erkannt hat, kann das *κοινῶς* nur auf die communio des ganzen Hauses bezogen werden. Denn wäre die Verkäuferin nur zu einem, sei es reellen oder ideellen Anteil Eigentümerin des Festsaales, so müßte dieser Teil natürlich angegeben sein, wie dies denn auch in anderen Papyri wiederholt geschieht. [4]) Das *δῶμα*, auf dem der Festsaal gebaut ist, wird als *ἄπρατον*, unverkäuflich [5]), bezeichnet. Bedenkt man, wie dem Käufer stets freies Schalten und Walten mit seiner Sache vom Verkäufer zugesichert wird, so ist es klar, daß ein Verkauf des Daches das Recht des Eigentümers eines darauf befindlichen Festsaals illusorisch machen würde.

---

[1]) A. a. O. 710 f. — [2]) Im Anschluß an Kuntze, Die Kojengenossenschaft und das Geschoßeigentum (1888) S. 52 f. — [3]) Vgl. Gradenwitz, Einführung 165 f. — [4]) Beispiele sammelt Preisigke 54 f. — [5]) Preisigke 55 f.

Darum gleich das uns zunächst befremdende Veräußerungsverbot bezüglich des Daches, das wohl „im Grundbuchamte gebucht" war und allerdings das Eigentum am Dache wesentlich beengte. Dies sowohl als auch die der Käuferin des Saales wie bei jedem anderen Kaufe eingeräumte Freiheit, über das Kaufobjekt frei zu schalten und zu walten, wie immer es ihr beliebe[1]), zeigt die Auffassung des Stockwerkeigentums als wahren und echten Eigentums. Man braucht da keine Ausnahmskonstruktionen, wie die Romanisten es ja mit Superficies und Servitut, die Germanisten mit der Theorie eines auf deutschrechtlichem Boden erwachsenen, ungeteilten Miteigentums am ganzen Gebäude, aber mit dauernder Abteilung hinsichtlich der Gebrauchs- und Nutzungsrechte und ähnlichen komplizierten Konstruktionen versucht haben, da Savignys These den einfachen Gedanken, wie ihn jetzt der Papyrus aufzeigt, verbannt hatte.[2]) Ich glaube, daß sich der Zusammenhang des Stockwerkeigentums mit dem System der Freiteilbarkeit des Familienerbes, wie ihn die Tiroler Motive schildern, auch für Aegypten behaupten läßt. Natürlich genügt die Zulässigkeit jeder Erbteilung als ius dispositivum, um derartige Verhältnisse zu erzeugen. Indes genüge dermalen die Konstatierung dieses Rechtsinstituts für Aegypten. Die Parteien sind zwar Nichtrömer, doch dürfte der Schluß nicht fehlgehen, wenn wir gleiches Recht auch für Römer schon in der vorantoninischen Zeit annehmen.[3])

---

[1]) *κρατεῖν οὖν καὶ κυριεύειν — καὶ ἐξουσίαν ἔχειν, οἰκονομεῖν περὶ αὐτοῦ καθ' ὃν ἂν αἱρῆται τρόπον.* — [2]) Vgl. Schröder, Über eigentümliche Formen des Miteigentums im deutschen und französischen Recht. Heidelberg 1896. Ich verdanke auch diesen Hinweis Herrn Prof. Steinlechner. Vgl. zur Literatur auch Schröder, Deutsche Rechtsgesch. 4723 Anm. 77. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, System d. österr. allg. Privatrechts I[4], 244[11]. — [3]) Die Urkunde datiert unmittelbar vor der Constitutio Antonina. Daß nachher alle zu Römern gewordenen Provinzialen das Institut des Stockwerkeigentums nach wie vor benützten, ist nur natürlich. Vgl. noch Straßb. 4, eine Wohnungsmiete von drei Vierteln eines Hauses samt allem dort stehenden Hausgerät, ein Vertrag (550 n. C.), der jedenfalls auch Stockwerke zum Gegenstande hat.

2. Fir. 16[1]), (239 n. C.) enthält die Kopie einer nicht unterzeichneten Pachtofferte, welche Aurelius Plutammon an die matrona stolata Aurelia Demetria, vertreten durch den Ratsherrn Marinus, als Verpächterin stellt. Pachtobjekt soll sein eine Arure Gemüsegarten, in der sich ein Brunnen mit einer *μηχανή*, dem bekannten Schöpfrad (sakje), befindet. Daran knüpft der Pächter die Erklärung: *ἐντεῦθεν δὲ παρέλαβον*[2]) *παρὰ τῆς εὐσχήμονος πρὸς ἀντλησμὸν βοῦν μίαν (δραχμῶν) ρ κτλ.* (Z. 19—22); ich habe zugleich[3]) auch von der wohlgeborenen Verpächterin zur Schöpfarbeit eine Kuh im Werte von 100 Drachmen übernommen. Die Merkwürdigkeit dieser Bestimmung ist schon Costa in seiner kürzlich erschienenen Besprechung der Florentiner Texte[4]) aufgefallen. Der Sinn der Verabredung ist offenbar der, daß der Pächter nach Ablauf der auf drei Jahre bemessenen Pachtzeit sich nicht einfach durch Rückstellung desselben Tieres befreien kann, sondern eine Kuh im Werte von 100 Drachmen rückstellen muß, mag das ihm übergebene Tier auch zugrundegegangen oder entwertet sein. Die Schätzung erfolgt offenbar taxationis gratia. Diese Verabredung erinnert sofort an Dig. 19, 2, 54, 2: Paulus respondit servum, qui aestimatus colonae adscriptus est, ad periculum colonae pertinebit et ideo aestimationem huius defuncti ab herede colonae praestari oportere. Sie erhält aber ihre besondere Nuance erst durch die Zusammenstellung mit dem sogenannten Viehverstellungsvertrag des deutschen, dem bail à cheptel des französischen Bauernrechtes.[4]) Soll hier, wie dies Paulus in seinem Falle voraussetzt, der Pächter den casus tragen und nach Ablauf der Vertragszeit ebensoviel Stück Vieh der gleichen Qualität zurückstellen, als er erhalten hat, so heißt der Vertrag bekanntlich *Eisernviehvertrag* (contractus socidae). Wir werden den Papyrus in diesem Sinne interpretieren dürfen.[6]) Daß

---

[1]) Vitelli, Papiri Fiorentini. Milano 1906. — [2]) Gedacht vom Momente des vollzogenen Kontraktes aus. Warum die Offerte hier noch nicht unterfertigt ist, ist ungewiß. Vitelli p. 38 n. 37. — [3]) Wörtlich: von da an. — [4]) Atti del R. Istituto Veneto (1906/7) 66, 2, S. 96. — [5]) Vgl. Stobbe-Lehmann, Deutsch. Privatrecht[3] 3, 343 ff. — [6]) Nicht im Sinne von Dig. 19, 2, 3 Pomponius: Cum fundus

darin eine große Härte für den Pächter liegen kann, ist sicher. Die kanonische Rechtslehre hat denn auch gegen ein solches Pactum ob drohender wucherischer Ausbeutung Widerspruch erhoben[1]), zum Pachtrechte der Papyri würde indes gerade diese härtere Auffassung passen. Wegen der Rückgabepflicht von tantundem eiusdem generis anstatt der res ipsa hat die neuere Dogmatik den Vertrag als locatio conductio irregularis bezeichnet.[2]) Es sei bemerkt, daß der Papyrus *παρέλαβον* und nicht *ἐμίσθωσα* sagt. Die Parteien sind in unserem Falle Römer.

3. Auf einen eigentümlichen *Vertrag zugunsten eines Dritten* haben uns unlängst die Straßburger Papyri hingewiesen. Im Pachtvertrag Straßb. 2 (a.° 217) wird ausgemacht, daß der Knecht des Verpächters für den Pächter auf der Dorftenne gewisse Arbeiten ausführen soll (Z. 11: *τοῦ σοῦ* [des Verpächters] *καθαρίζοντος καὶ μετροῦντος ἐφ' ἅλῳ*) und dafür der Pächter ein Keramion Wein als *μισθωτικόν* zahlen wolle (Z. 14). Es ist darunter mit Keil und Preisigke der Knechtelohn für die Tennenarbeit zu verstehen.[3]) Diese Verabredung erinnert aber sofort an die der deutschen Rechtsgeschichte angehörigen Vereinbarungen zwischen Käufern und Verkäufern landwirtschaftlicher Haustiere, wonach zugunsten der Knechte oder Mägde ein Strick- oder Halftergeld, zugunsten der Frau des Verkäufers ein Schlüssel- oder Herdgeld ausgemacht wird. Freilich scheint es sich hier um Leistungen eines Sklaven des Verpächters zu handeln[4]), aber es ist darum ein selbständiger Anspruch des Knechtes — das Symptom des Vertrags zugunsten eines Dritten[5]) — bei der vielfach

---

locetur et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait id agi, ut instrumentum emptum habeat colonus, sicuti fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur. Hier liegt kein Mietvertrag vor, sondern Kreditkauf.

[1]) Stobbe, a. a. O. — [2]) Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten[8] II 689[22]. Hier und bei Stobbe auch weitere Literatur. — [3]) Straßb. Papyri S. 13. Ich habe auf diesen Punkt schon in der Besprechung dieser Urkunden in den Gött. Gel. Anz. 1907 (Aprilheft) kurz hingewiesen. — [4]) Vgl. ähnliche Fälle bei Waszyński, Bodenpacht I, 125. — [5]) Kein echtes pactum in favorem tertii liegt vor, wenn nur dem Mitkontrahenten selbst der Anspruch zusteht.

anerkannten beschränkten Vermögensfähigkeit der Sklaven in den Papyri [1]) noch nicht a priori von der Hand zu weisen. Jedenfalls darf die Möglichkeit, hier ein echtes pactum in favorem tertii vor uns zu sehen, sowenig in Abrede gestellt werden, wie angesichts ganz analoger Verabredungen des deutschen Privatrechts. [2])

4. Das deutsche Privatrecht hat als besonderen Fall des Vertrags zugunsten Dritter die *bäuerliche Gutsübergabe* behandelt, bei der zwischen Übergeber und Übernehmer eine Abfindung für die Geschwister oder andere Personen ausgemacht wird. Dadurch soll ein ähnliches Resultat erzielt werden, als wenn nach dem Tode des Bauern infolge Gesetz oder letztwilliger Verfügung das Gut an den Sohn gelangt wäre und die anderen Geschwister Legate erhalten hätten. Diese Gutsabtretung hat in den römischen Quellen kein Vorbild. [3]) Um so interessanter ist es, daß P. Grenf. II 71 (244—248 n. C.) [4]) meines Erachtens in diesem Sinne gedeutet werden kann. Es ist dies eine Vollmachtsurkunde, in der Petosiris und Petechon den Aurelius Marianus mit der *δημοσίωσις* einer in Kopie mitgegebenen *χάρις* betrauen. [5]) Diese *χάρις* nun hat, wie sich trotz der sehr schlechten Erhaltung des *ἀντίγραφον* ergibt, Merkmale, welche die obige Deutung zu rechtfertigen vermögen. Ich will vom Inhalt nicht mehr als gesichert wiedergeben, als was die Herausgeber in ihrer bewährten Vorsicht und ohne juristische Kombination irgendwelcher Art als gesichert annehmen. *Χάρις* entbehrt der juristisch-technischen Präzision. Es wird am ehesten mit Liberalität wiederzugeben sein. Die Verfügung trifft der Vater Petechon an seine Söhne Petosiris und Petechon. Er sagt: *ὁμολογῶ χαρίζεσθαι ὑμῖν χάριτι*

---

[1]) Belege bei Wenger, Stellvertretung 167 [7]. — [2]) Vgl. Stobbe III, 234. Zur Frage der Verträge zugunsten Dritter Windscheid-Kipp II, 272 ff. Über die Schwankungen in der Anerkennung des Klagerechts des Dritten in der deutschen Theorie und Praxis daselbst 279 f. [13]. — [3]) Die Auflage an den Beschenkten, eine Sache an einen Dritten herauszugeben (Windscheid-Kipp 276 litt. a) und der Fall, daß sich jemand für seine Erben oder einen derselben etwas versprechen läßt (278 litt. f) klingt entfernt an. — [4]) Grenfell and Hunt, Greek papyri, Series II (1897). — [5]) Zur Vollmacht s. Wenger, Stellv. 106 ff.

αἰωνίᾳ καὶ ἀναφαιρέτῳ εὐνοίας χάριν καὶ φιλοστοργίας ἀπὸ τοῦ νῦν μέχρι παντὸς ἐξ ἴσου μέρους πάντα τὰ ὑπάρχοντά μου τ[ά]δ', ἐλθόντα εἰς ἐμὲ ἀπὸ κληρονομίας τοῦ πατρὸς καὶ ἀπὸ δικαία[ς] ὠνῆς κτλ. (Z. 11—14). Er übereignet also in liberaler Weise aus Wohlwollen und Liebe als stete und unwiderrufliche Gabe von jetzt für alle Zeiten all sein Vermögen, sei es ererbt oder käuflich erworben — es folgt die weitere Beschreibung — an seine Söhne. Aus der nun folgenden Abmachung ist mit Sicherheit zu ersehen, daß auch für die zwei Töchter des Petechon und einige andere Personen vorgesorgt ist. Ich sehe, zumal ich mit den Herausgebern übereinstimme, von der Wiedergabe des defekten Papyrus ab, und begnüge mich die zutreffenden Worte der englischen Inhaltsangabe an deren Stelle als Beleg des Gesagten hierherzusetzen. Nachdem die Herausgeber konstatiert, daß auch noch andere Urkunden derartige Übergaben behandeln, bemerken sie: here not only is there a transference of the entire belongings of the cessor, but provision is made for the two daughters of Petechon, as well as for several other persons, besides the sons who are the parties chiefly interested. In the other cases there is only a partial alienation, and the principals do not concern themselves with clauses affecting other members of the family (p. 110). Bemerkenswert für unsere Deutung ist der Schluß der *χάρις*, der wieder vollständig erhalten ist. Da erklären (Col. II, 6ff.) die Söhne ihre Zustimmung. Es heißt von beiden Teilen (Z. 14f.): *καὶ ἐπερωτηθέντες ἀνθωμολογήσαμεν περὶ τ[ο]ῦ ταῦθ' οὕτως ὀρθῶς καὶ καλῶς γεγηνῆσθαι,* und Vater und Söhne bekräftigen die *χάρις* durch ihre Unterschriften.

Gerade hierin liegt aber eine dem römischen Rechte unbekannte Stipulation (*ἐπερωτηθέντες ἀνθωμολογήσαμεν*) zugunsten Dritter. Auch die Söhne stimmen der ganzen Abmachung zu und dies wird besonders aktuell bezüglich der Vorsorge für die am Vertrage nicht beteiligten Personen. Freilich verkenne ich nicht, daß man auch hier noch zweifeln kann, ob diese Dritten Klagerechte erworben haben, und ich gebe zu, daß sich diese Klagerechte aus dem Papyrus nicht strikt erweisen lassen. Aber ihre Ver-

mutung scheint mir nach all dem Gesagten doch gestützt genug, um als wissenschaftliche Hypothese geäußert werden zu dürfen.

Der Altmeister romanistischer Wissenschaft, dem diese papyrologischen Miszellen als bescheidene Gabe zum Jubelfeste arbeitsfrohen Lebens gewidmet sind, hat uns in seinen Schriften gelehrt, daß zwei Eigenschaften für erfolgreiche rechtshistorische Forschung nottun: kühne Kombinationsgabe, welche die Trümmer der Überlieferung richtig zusammenzufügen und, sie belebend, die Vergangenheit wiedererstehen zu lassen versteht, daneben aber strenge Selbstzucht und nüchternes Auseinanderhalten des gesicherten Forschungsergebnisses von der Hypothese. Wer nützte diese Lehren mit mehr Gewinn als die rechtshistorische Papyrusforschung?

Der Verstoß gegen die guten Sitten.

Erörtert

von

Dr. Rudolf Leonhard.

n der Lehre von den boni mores verwandelt sich die Dunkelheit der Theorie in Ungewißheit der Rechtspflege und Unsicherheit des Rechtslebens. Verschieden sind die Maßstäbe zur Bestimmung der guten Sitten, und die Wissenschaft muß daher als höhere Instanz angerufen werden. Diese findet aber in den Rechtsquellen die Begriffsmerkmale der boni mores mehr vorausgesetzt als bestimmt. Dies nötigt uns, in eine dunkle Begriffswelt hinabzusteigen, die in den „Grenzmarken" unserer Wissenschaft liegt, in denen Grenzverwirrung und Grenzstreit herrschen.

Bekannt ist Iherings bahnbrechende Unterscheidung von Sittlichkeit und Sitte[1]), ebenso bekannt aber auch Kohlers Anknüpfung der Richterpflicht an sittliche Ideale[2]) und nicht minder Stammlers eigenartige und beachtenswerte Verknüpfung der Lehre von den guten Sitten mit seiner Lehre vom richtigen Rechte.[3])

Was für das römische Recht (namentlich von Lotmar)[4]) geleistet worden ist, wird dann für die Rechtspflege der Gegenwart belanglos scheinen, wenn man den Einfluß des gemeinen Rechts auf den Inhalt des BGB. grundsätzlich außer Betracht lassen will, was leider vielfach geschieht. Dafür ließen sich freilich hier allenfalls besondere Gründe anführen. Daß der Verstoß gegen die guten Sitten sich mit dem römischen contra bonos esse völlig deckt, werden wohl nur wenige bezweifeln. Dagegen ist es zweifellos, daß die in § 826 modernisierte actio de dolo nur im BGB., nicht

---

[1]) Zweck im Recht Bd. II Kap. 9. — [2]) Vgl. Lehrb. des bürg. R. Bd. I S. 13 ff., II S. 93 ff. — [3]) Vgl. namentlich neuerdings Stammlers Ausführungen in der „Systematischen Rechtswissenschaft" (Hinnebergs, Kultur der Gegenwart), Teubner 1906, S. XLIII ff. — [4]) Der unmoralische Vertrag, Leipzig 1896.

im älteren Rechte von einem Verstoße gegen die guten Sitten abhängig gemacht ist. Zunächst liegt also die Vermutung nahe, daß das BGB. mit seinem Begriffe eines Verstoßes gegen die guten Sitten ein Neuland betreten hat, auf das ihm die Rechtspflege folgen muß, indem sie jeden Hinblick auf das ältere Recht vermeidet.

Das alte everriculum omnium malitiarum, wie Cicero die actio de dolo nennt, gilt übrigens auch in seiner erneuten Gestalt keineswegs als stumpfe Waffe. Dies zeigt sich insbesondere darin, daß man die neue allgemeine Deliktsklage des § 826 auch in dem Kampfe verwertet, der die Grundlagen unserer Wirtschaftsordnung zu erschüttern droht. Es handelt sich darum, ob man wegen Verleitung zum Vertragsbruch, die bei den Streiks häufig vorkommt, auf Schadenersatz klagen kann. Diese Frage ist darum besonders wichtig, weil die Verführer oft zahlungsfähiger sind als die Verführten.[1])

Ihre Beantwortung ist nichts weniger als zweifellos. Sie steht aber darin nicht allein. Eine Reihe interessanter Rechtsfragen aus der Lehre von den guten Sitten entscheidet Stammler im Verwaltungsarchive.[2]) Besondere Zweifel erweckt insbesondere die Giltigkeit der Geschäfte über Sachen, die unsittlichen Zwecken dienen. Namentlich ist der Erwerb der Bordelle vielfach für ungiltig und andererseits für rechtlich möglich erklärt worden.[3])

Die hiernach sehr wichtige Untersuchung der Merkmale des Verstoßes gegen die guten Sitten zerfällt, wie sogleich in die Augen springt, in drei Fragen:

1) Welches sind die Merkmale eines Verstoßes gegen eine Sitte?
2) Welches sind die Merkmale der Sitte?
3) Worin liegt der Maßstab für eine Sonderung der Sitten in gute und böse?

---

[1]) Vgl. Wolfgang Hein (dessen Name in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 58 [N. F. 43] S. 609 durch einen Druckfehler entstellt ist): Die Verleitung zum Vertragsbruch nach bürgerlichem Recht. Breslau, Marcus, 1906 (Heft 18 der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts). — [2]) Bd. 15 S. 56 ff. — [3]) Vgl. Philipp in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1906, S. 384.

Diese Fragen hängen mit einer Reihe verwickelter Rechtszweige eng zusammen. So z. B. mit der Lehre von der Vertragsauslegung, bei der bekanntlich die Verkehrssitte neben Treu und Glauben eine Rolle spielt (§ 157 BGB.), der Lehre von den sittlichen Pflichten (§ 814), von dem Empfange, der gegen die guten Sitten verstößt (§ 817) u. a. mehr.

Eine Abhandlung, der ein bevorstehendes Fest eine kurze Endfrist setzt, kann sie nicht erschöpfen. Das Nachfolgende beschränkt sich darauf, frühere Ausführungen[1]) gegenüber abweichenden Ansichten[2]) zu befestigen.

Der Hauptpunkt der Untersuchung ist die Frage, ob der Richter bei der Feststellung eines Verstoßes gegen die guten Sitten auf solche tatsächliche Gebräuche zu sehen hat, die ihm durch die Erfahrung gegeben sind, also an bestehende und bereits betätigte Sitten gebunden ist, oder ob er, frei von dieser Fessel, beachten muß, was nach seiner Überzeugung Sitte sein sollte oder müßte.[3])

Gegen die Meinung, daß ein bereits bestehender tatsächlicher Gebrauch bei dem rechtserheblichen Verstoße gegen die guten Sitten vorausgesetzt wird, scheint zunächst der Umstand zu sprechen, daß die Sitten nach einer verbreiteten Meinung keine Imperative in sich schließen, daß man aber von einem Verstoß doch wohl nur da reden kann, wo ein Gebot verletzt wird. Nur bei Rechtssätzen nehmen manche ein solches an, obwohl es bekanntlich auch nicht an Rechtslehrern fehlt, die die imperative Natur der Rechtssätze leugnen. Ihre Ansicht mag darin eine gewisse Stütze haben, daß das Gesetz zuweilen nicht antreibt, sondern nur ermächtigt, namentlich bei der Anerkennung von Rechtsgeschäften. Allein selbst da, wo das Gesetz ein bestimmtes

[1]) Allg. Teil des BGB., Guttentag 1900, S. 372 ff. — [2]) Vgl. über diese Hein a. a. O. S. 70 ff. — [3]) Von diesem Gegensatze allein redet der Verf. in der Zeitschrift f. Handelsrecht Bd. 58 (n. F. 43) S. 609. Nur in diesem Punkte findet er dort eine Ähnlichkeit zwischen den Ansichten Kohlers und Heins, ohne die grundsätzliche Verschiedenheit beider Ansichten zu verkennen, namentlich in der Frage, ob es sich bei der guten Sitte um Sitten-, bzw. Sittlichkeitsgebote handelt, oder um ein besonders geartetes Recht, das „richtige Recht" nach den methodologischen Ausführungen Stammlers. Vgl. Hein S. 72 ff. 131.

Verhalten erwartet (z. B. das Erscheinen vor Gericht), läßt es zuweilen nur ausnahmsweise einen Zwang (z. B. einen Gestellungszwang) eintreten und überläßt es im übrigen dem einzelnen ganz und gar, ob er sich durch angedrohte Nachteile zu einem bestimmten Verhalten hintreiben lassen will, ohne daß das Gesetz dies verlangt (daher der bekannte Streit über den Namen des sog. Einlassungszwanges). Selbst da, wo das Gesetz ein bestimmtes Verhalten wünscht, erzwingt es oft nicht dieses selbe Verhalten, sondern wirkt nur mittelbar durch einen andern Zwang darauf ein[1] (z. B. Androhung der Geldstrafe bei verweigerter Übernahme der Vormundschaft).

So steht es mit dem Einflusse der Gesetze auf das Verhalten der Rechtsuntertanen. Was dagegen die sanctio legis betrifft, so enthält sie allerdings in der Regel einen Befehl an die Diener des Gesetzes, der gegenüber der höchsten Instanz freilich nur eine lex imperfecta sein kann. Aber auch von der gebietenden Kraft der sanctio muß man eine Ausnahme dann fesstellen, wenn der Gesetzgeber die sanctio seiner Äußerung selbst vollstreckt, wie in dem bekannten prätorischen: „iudicium dabo". Hier liegt ein Versprechen vor, gewissermaßen ein Befehl, den der Urheber gegen sich selbst richtet. Jedenfalls ist aber auch hier ein „Verstoß" gegen den Rechtssatz ohne jeden Zweifel möglich.

Gegen eine Sitte kann man dagegen nur in der Voraussetzung verstoßen, daß irgendwo ein Befehl oder Wunsch vorliegt, demzufolge der Sitte Beachtung geschenkt werden soll. Solche Sitten*gebote* darf man nicht mit den Sitten, d. h. tatsächlichen Gebräuchen, verwechseln, wie das in der Regel geschieht. Es wird andererseits geradezu behauptet[2], daß jedes Gehorsamsgebot dem Wesen der Sitte widerstreite, obwohl nicht geleugnet wird, daß tatsächlich auch bei bloßen Sitten eine solche gebietende Tendenz sich bemerkbar macht. Richtig ist jedenfalls, wie Stammler hervorhebt, daß es bloß einladende Sitten gibt, die ihre Nachahmung nur anempfehlen, aber nicht gebieten wollen. Ja es gibt neben den verpflichtenden und den zur Nachfolge

[1]) Darauf beruht die bekannte Unterscheidung der Neueren zwischen Pflicht und Haftung. — [2]) Vgl. z. B. Stammler a. a. O. (Syst. R. W.).

anreizenden Sitten noch eine dritte Gruppe von Sitten: Gewohnheiten und Lebensregeln, die auf das Verhalten anderer Menschen überhaupt gar nicht einwirken wollen und doch gute Sitten genannt werden dürfen, ja sogar vielfach die allerbesten sind. Man denke an zarte Rücksichten, die gewohnheitsmäßig ohne jeden eigennützigen Gedanken ausgeübt werden und ohne jeden Wunsch als Vorbild zu dienen. Gerade bevorzugte Naturen stellen an sich hohe Anforderungen, denen gewöhnliche Sterbliche nicht in gleichem Maße zu genügen vermögen, und die vortrefflichsten Menschen sind solche, die, gegen sich selbst streng und gegen andere nachsichtig, ihre Eigenart treu bewahren, aber keinem andern aufzwingen wollen.

Man kann daher nicht bei allen Sitten von Geboten und streng genommen auch nicht von Verstößen reden. Daß man es aber bei gewissen Sitten kann, sollte nicht bestritten werden, mag auch der Name „Imperativ" hier vielleicht bemängelt werden. In seiner ursprünglichen Bedeutung setzt der Befehl oder Imperativ allerdings zwei Menschen voraus, einen Befehlenden und einen Befehlsempfänger. Die allgemeine Redeweise hat aber diese Ausdrücke längst in wohlverständlicher Weise auf alle Verhaltungsregeln ausgedehnt, in die uns irgendeine Sachlage hineindrängt, auch ohne jedes Kommandowort. Ein Gebot ist alles, was den Menschen zu einem gewissen Verhalten hintreibt.

In diesem Sinne reden wir namentlich von dem Naturgebot bei allem, was die äußere Naturgewalt oder auch die innere Natur des Menschen ihm aufzunötigen sucht, weil diese Antriebe den eigentlichen sozialen Geboten gleichen, die sich aus dem menschlichen Zusammenleben entwickeln (den Rechtssätzen, Religionsvorschriften, Gewissensgeboten und Anstandsregeln).

Auch bei dem Naturgebote müssen wir, um Klarheit über den Begriff des Verstoßes zu gewinnen, zwei verschiedene Erscheinungen voneinander sondern, die von der Sprache vermischt werden: die unübertretbaren Naturgebote und solche, gegen die ein Verstoß denkbar ist. Unfehlbar wirkt das Walten der Natur, wo es den Menschen als Gegenstand einer vis absoluta ergreift, wie bei Geburt und

Tod. Nolentem fata trahunt. Übertreten können wir aber trotzdem eine andere Art von Geboten der Natur, die nur durch vis compulsiva auf uns wirkt, d. h. Regeln, die der Mensch zu seinem Besten aus dem Walten der Natur als Maßstäbe seines Verhaltens herausliest. Dahin gehören namentlich die Gesundheitsregeln, wie man sie oft mit Hilfe eines Arztes findet, der sie aus der Natur entnimmt und als eigene Vorschrift (Ordination) zu bezeichnen das Recht hat. Auf solche Gebote bezieht sich das bekannte Wort: Natura non nisi parendo vincitur.

Nicht viel anders verhält es sich bei Recht und Sitte. Auch das Gebot des Rechts ist dem unübertretbaren Naturgesetze nicht ebenbürtig. Es kann erfolglos bleiben, wo der Gehorsamstrieb der Befehlsempfänger unzulänglich oder durch andere Triebe entkräftet ist. Die Omnipotenz des Staates steht nur auf dem geduldigen Papiere, in Wirklichkeit ist die Staatsgewalt ein Erzeugnis, das zu seiner Erhaltung der Pflege bedarf.

Übrigens befehlen auch die Rechtssätze vielfach nicht, sondern laden nur zu gewissen Handlungen ein, gerade wie die Sitten. So wenn sie zu Rechtsakten, z. B. Aneignung herrenloser Sachen, ermächtigen, aber nicht verpflichten. Darin unterscheiden sie sich freilich unbedingt von den Sitten, daß es zwar Sitten, aber nicht Rechtssätze gibt, die gar keine Beachtung verlangen.

Insoweit die Gesetze aber sich nicht an ihre Diener, sondern an die einzelnen Rechtsgenossen richten, erteilen sie in der Regel nur mittelbare Befehle. Sie stellen dem Gehorsamen Vorteile, dem Ungehorsamen Nachteile in Aussicht und erwarten, daß die Rechtsgenossen sich dem anpassen. Insoweit stehen sie den übertretbaren Normen eines naturgemäßen Lebens gleich.

Aber auch bei denjenigen Sitten, die wir als verpflichtende bezeichnet haben, verhält es sich ebenso. Nur die sanctio ist hier eine andere als bei den Rechtssätzen, die Art des Einflusses auf die Befehlsempfänger ist dieselbe. Es bilden sich als Seitenstücke der Rechtsgemeinden Personengruppen, die man Sittengemeinden nennen kann. In ihnen werden gewisse Gebräuche beobachtet und von den

einzelnen verlangt. Man denke nur an den Duellzwang. Der Einfluß auf den einzelnen ist hier genau ebenso mittelbar, wie bei dem Gesetze und dem übertretbaren Naturgesetze. Nur das Zwangs-(genauer Antriebs-)mittel der vis compulsiva ist hier ein anderes. Das willensbestimmende Zukunftsbild, das man bei Gesetzen sanctio nennt, d. h. der Träger der Triebkraft, liegt hier nicht in einer dauernd organisierten unabhängigen Zwangsgewalt (einer Erscheinung, die sich im großen und ganzen mit dem deckt, was wir Staat nennen), daher denn auch die Werkzeuge der Staatsgewalt zur Verwirklichung solcher verpflichtender Sitten nur so weit berufen sind, als besondere Rechtssätze dies vorschreiben. Soweit dies nicht der Fall ist, liegt die Triebkraft der Sitte lediglich in der Seele der einzelnen, die der Sittengemeinde angehören, in dem Wohlgefallen oder Mißfallen, das sie an dem Verhalten eines andern Gliedes derselben Gemeinde empfinden und bekunden. Ihr Wohlgefallen drängt dies Glied zu einem solchen Verhalten hin, ihr Mißfallen zieht es von ihm ab. Übrigens steht die Bezeugung dieses Empfindens oft keineswegs im freien Belieben der Beteiligten. Wie es nach der bekannten Darstellung des Gajus sekundäre Interdikte gab, die dahin wirkten, daß man sich den primären Interdikten fügte, so gibt es sekundäre Sitten, die die primären unterstützen. So trifft oftmals den, der sich dem Verfemten zugesellt, die gleiche Mißachtung wie diesen. Dies treibt die einzelnen Mitglieder der Sittengemeinschaft dazu, die Sittengebote durch eine Art von Vollstreckung zu wahren, wie die sanctio legis die Diener des Gesetzes für dessen Majestät verantwortlich macht.

Hieraus ergibt sich nun das Wesen des Verstoßes gegen eine Sitte im wörtlichen Sinne des Ausdrucks. Wer sich ihr nicht anpaßt, obwohl die Sittengemeinschaft, der er angehört, es verlangt, verstößt gegen sie. Er übertritt das Gebot oder Verbot, das aus ihr herausleuchtet. Es verhält sich dies genau so, wie bei der Nichtanpassung an ein übertretbares Naturgebot, einen Rechtssatz oder eine Religionsvorschrift.

Trotzdem zeigt sich bei diesen verschiedenen Arten von Verstößen gegen Verhaltungsregeln ein durchgreifender Unterschied.

Das Naturgesetz ist in seiner Kraft davon, ob man es beachtet, völlig unabhängig. Auch das Gesetz des Staates und der Gewohnheitsrechtssatz bestehen bei Verstößen in ihrer alten Kraft weiter. Höchstens gibt die Übertretung einen Anlaß zur Bildung eines derogierenden Gewohnheitsrechts, mit dem es aber zunächst noch gute Weile hat. Eine Sitte dagegen wird sofort abgeschwächt, wenn ihr Gegenteil zur Tat wird. Sie ist dann nicht mehr so zweifellos und vorbildlich, wie vorher. Jeder Verstoß gegen die Sitte ist also zugleich eine *Gefährdung ihrer Lebenskraft.*

Dadurch bekommt aber der Verstoß gegen die Sitte einen eigentümlichen Beigeschmack, der dem Verstoße gegen die andern Lebensregeln fremd ist und dem Begriffe des Verstoßes hier einen weiteren Umfang verschafft, als dies bei andern Lebensregeln der Fall ist.

Die Gefährdung einer Sitte ist nämlich auch auf andere Weise möglich als durch Zuwiderhandeln gegen ihren Inhalt. Man kann eine bestehende Sitte auch durch ein Verhalten gefährden, welches der Sitte zunächst nicht widerspricht, wenn man es für sich allein betrachtet. Eine solche Gefährdung geht contra bonos mores nicht als Ungehorsamsakt, wohl aber als *Schädigung* und man kann sie nur dann als Verstoß bezeichnen, wenn man dies Wort in einem etwas weiteren Sinne nimmt, als es sonst verwendet zu werden pflegt.

Dies läßt sich nur durch Beispiele veranschaulichen.

Der bekannte Gast, dem das hochzeitliche Kleid fehlt, begeht einen unmittelbaren Verstoß gegen einen Gebrauch, der als zwingend gilt. Wer dagegen seine Testierfreiheit zugunsten eines andern einschränkt, tut nichts, was, für sich allein betrachtet, eine Anstandsregel verletzt. Immerhin gibt er ein schlechtes Beispiel, das in seinen Folgen den guten Sitten Gefahr zu bringen vermag (BGB. § 2307). Die pietätvolle Schonung des Erblassers von seiten des Erben wird gefährdet, wenn der Erblasser den lieblosen Erben in seiner Aussicht auf die Erbfolge nicht mehr verkürzen kann. Auch war es wenigstens nach römischer Auffassung eine Pflicht des Erblassers, seinen Nachlaß nicht in untaugliche Hände gelangen zu lassen. (Damit hing auch die Regel

zusammen: Certum debet esse consilium testantis.) Daraus ergibt sich die Pflicht, letztwillige Verfügungen insoweit, als es das Pflichtteilsrecht erlaubt, zu widerrufen, wenn der letztwillig Bedachte sich so beträgt, daß er eine solche Behandlung verdient. Unterbleibt ein derartiger Widerruf, so werden namentlich die Gläubiger gefährdet, indem der Nachlaß ihres Schuldners in unzuverlässige Hände gerät. Daraus erklärt sich Dig. XXXV, 1 de conditionibus fr. 61 (Julianus): Stipulatio hoc modo concepta: „si heredem me non fecerit, tantum dare spondes?“ inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio. Die Römer verlangen hier eine freie Auswahl des Erben, so wie das Reichsgericht sie für Aufsichtsratsmitglieder begehrt, Entsch. Bd. 57 S. 205 ff. Verzichtet also ein Testator auf das Recht willkürlichen Widerrufs, so kann er die der Sitte entsprechende Abwickelung seiner Erbschaftsangelegenheiten gefährden.

Es war daher durchaus folgerichtig, daß die Römer Erbverträge überhaupt nicht zuließen. Wenn sich dies in Deutschland geändert hat, so liegt darin keineswegs eine Preisgabe der römischen Anschauungen über die Gefährdung der guten Sitten durch Erbverträge. Diese Gefährdung wurde vielmehr in Deutschland durch wichtige Bedürfnisse ausgeglichen, die dies Geschäft in den veränderten Verhältnissen erwünscht erscheinen ließen. Das Geschäft ist bei uns in seiner Gesamtwirkung nicht mehr den guten Sitten gefährlich. Das Schlechte, was es nach sich zieht, wird durch die Vorteile, die es gewährt, aufgewogen. Das Beispiel, das es gibt, ist in vielen Fällen ein so gutes, daß schlechte Einflüsse, die es etwa ausübt, dadurch überboten werden.

Einer Hauptgefahr dieses Geschäfts schiebt übrigens das BGB. einen besonderen Riegel vor, indem es aus Enterbungsgründen seine Unwiderruflichkeit aufhebt (§ 2294 BGB.) und auch sonst seine Widerruflichkeit gestattet (§ 2293). Auch § 2302 steht noch völlig auf dem römischen Standpunkte.

Daraus, daß das BGB. überall statt von Gefährdung der Sitten von einem Verstoße gegen sie redet, darf man daher eine sachliche Änderung des älteren Rechts[1]) nicht

[1]) Cod. VIII, 38 (39) de inutil. stip. c. 4.

folgern. Der Unterschied dieser Begriffe steht nicht so klar im allgemeinen Bewußtsein, daß die Vertauschung ihrer Namen auffällig erscheinen könnte.[1])

Sobald man unter dem Verstoße eine Gefährdung erblickt, wird man kein Bedenken mehr empfinden, den Ausdruck auch bei solchen Sitten anzuwenden, denen eine zwingende Kraft oder eine Befehlsnatur nicht innewohnt.

Andererseits wird aber durch die angegebene Auffassung der Umfang dieses Begriffes erheblich eingeschränkt und zwar in dem Punkte, der vornehmlich streitig ist, dem Verhältnisse zwischen Sittenwidrigkeit und Unsittlichkeit. Obwohl sogar unser Gesetzbuch die sittlichen Pflichten von den auf den Anstand zu nehmenden Rücksichten scharf sondert (§ 814) und obwohl es sofort in die Augen springt, daß äußere Gebräuche etwas anderes sind als der innere Trieb des sittlichen Empfindens, so besteht doch in der Verwendung des Wortes Sittengebot eine Sprachverwirrung. Ihre Ursache leuchtet nur dann ein, wenn man bedenkt, daß zweideutige und dunkle Ausdrücke den Menschen die Mühe schwieriger Unterscheidungen ersparen, über die eine allgemeine Klarheit nicht herrscht. Und doch erheischt das praktische Bedürfnis eine sorgfältige Sonderung zwischen Sitte und Gewissensgebot. Das bewußte Sittenwidrige wird freilich immer auch gewissenlos (unsittlich) sein. Dagegen gibt es Fälle einer Gefährdung der guten Sitten, die, wie der Verzicht auf die Testierfreiheit oder auf die freie Wahl eines Aufsichtsrates, nicht notwendigerweise dem sittlichen Gefühle widerstreben, weil sie nicht klar zutage liegt. — Andererseits, was viel wichtiger ist, gibt es aber unsittliche oder gewissenlose Handlungen, die nicht eine tatsächlich vorliegende Sitte gefährden.

Es läßt sich nicht bestreiten, daß in der Literatur eine unverkennbare Tendenz herrscht, Unsittlichkeit und Sittenwidrigkeit einander gleichzustellen. Dies zeigt sich schon

---

[1]) Plancks Kommentar zu § 138 sieht mit gutem Grunde die Wurzel des § 138 im gemeinen Rechte, dem sich auch das pr. Landrecht T. I Tit. 4 § 7 und der Code civil Art. 1133 angeschlossen haben.

in dem Titel der bekannten Schrift Lotmars: Der unmoralische Vertrag[1]), 1896.

Schon an anderer Stelle[2]) wurde die Ansicht vom Verfasser vertreten, daß man die gute Sitte nicht mit der Sittlichkeit als gleichartig betrachten darf. Die Sitte beruht, soweit sie überhaupt verpflichtet, auf Anstandsregeln, die in der Außenwelt hervorgetreten sind, die Sittlichkeit auf den inneren Geboten des Gewissens. Nur in dem letzten obersten Ziele, dem Wohle der Menschen, sowie in vielfacher Übereinstimmung des Verhaltens, das sie erwarten, hängen Recht, Sitte und Sittlichkeit zusammen. In dem Rechte finden wir namentlich, soweit es die Sitte schützt, politische Gedanken, die aus Rücksicht auf die Durchführbarkeit sich möglichst an äußere wahrnehmbare Ereignisse anklammern, und nicht erziehen, sondern nur die vorhandenen guten Sitten vor der Gefährdung durch böse Beispiele bewahren wollen.

Solche legislativ-politische Bestrebungen sind der eigentliche Zielpunkt des § 138 Abs. 1. Der Zweck dieser Vorschrift ist hiernach kein pönaler und kein erzieherischer. Des Richters Aufgabe ist hier nicht, zu strafen, noch weniger aber gleich einem Beichtvater Seelsorge zu üben. Nicht die unsittlichen Regungen der menschlichen Seele sollen bekämpft, sondern der wertvolle Schatz, den das Volk in bestehenden guten Sitten besitzt, soll gegen Beeinträchtigung gesichert werden. Darum kehrt sich die Vorschrift nicht bloß gegen Handlungen, die aus unlautern Trieben entstanden, sondern auch gegen solche schlimme oder gefährliche Beispiele, die aus wohlwollender Absicht, aber in Unkenntnis der Lebensverhältnisse vorgenommen worden sind.

---

[1]) Vgl. ferner Hölder, Kommentar zum Buch 1 des BGB. S. 305, Arch. f. zivil. Praxis Bd. 73 S. 102, Staudingers Kommentar zu § 138 A. 2, Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts I § 85 Nr. 1, Cosack, Lehrb. Bd. I § 102 u. a. m. Entscheid. des RG. Bd. 38 Nr. 53 S. 199. Seufferts Arch. Bd. 49 Nr. 238. 240, Bd. 51 Nr. 259. 260, Bd. 55 Nr. 70 Mot. I 211. — Richtig im wesentlichen Endemann, Lehrb. des bürg. R., IX. Aufl., Bd. I § 103 Nr. 6 S. 602, vgl. auch Plancks Kommentar zu § 138, 1. — [2]) Allg. Teil. Berlin, Guttentag 1900, S. 372. Ztschft. f. Hdlsr. a. a. O. Bd. 58 S. 609.

Will man den Verstoß gegen die guten Sitten auf alle verwerflichen Handlungen ausdehnen, so hat das für die Sicherheit des Geschäftsverkehrs weitgreifende Folgen. Der Rechtspfleger wird dann zum wahren Sitten- und Gewissensrichter, der die Geschäftstreibenden in die moralisch-gebotenen Wege einzwängt. Das Wort „Verstoß" paßt ja recht gut dazu. Sogar römische Texte scheinen zu dieser Vermischung des Sittenwidrigen mit dem Gewissenlosen Anstoß gegeben zu haben, namentlich der berühmte Ausspruch Papinians (Dig. 28, 7 de cond. inst. fr. 15):

> Quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.

Die Stelle gibt eine Begriffsbestimmung des contra bonos mores fieri und bezeichnet es anscheinend als eine Verletzung (laesio) gewisser Empfindungen, die sich im großen und ganzen mit den Gefühlen decken, die wir Gewissen oder sittliches Empfinden nennen (pietas und verecundia). Allein hieran macht die dritte im Bunde irre, die existimatio, die kein Gefühl, sondern einen äußern Zustand bezeichnet, den dignitatis illaesae status.[1]) Es liegt daher nahe, auch bei der pietas und verecundia an die Achtung und Ehrfurcht zu denken, die der Staatsbürger bei seinesgleichen genießt und die in der Tat von seiner Anpassung an die guten Sitten abhängt, nicht von seinem innern Empfinden, das sich menschlicher Beurteilung entzieht. Diese Anpassung soll im Zweifel vermutet werden, nicht aber die innere Gewissenhaftigkeit, die in der Regel ohne juristisches Interesse ist. Daß diese Deutung nicht willkürlich ist, ergibt sich aus den Worten „nostram" und „nos". Es handelt sich hier um Verletzung der eigenen pietas und verecundia durch pietäts- und schamlose Handlungen. Sieht man in diesen Ausdrücken die Namen sittlicher Empfindungen, so gibt dies keinen rechten Sinn. Wer schamlos handelt, hat keine pietas und verecundia, kann sie also nicht verletzen. Einen guten Sinn gibt die Stelle aber, wenn man

[1]) Dig. L, 13 de variis et extraord. cogn. fr. 5 § 1, vgl. des Verf. Rektoratsrede: Der Schutz der Ehre im alten Rom. Breslau 1902, S. 22 ff.

unter pietas und verecundia die Achtung versteht, die jemand bei andern besitzt, d. h. seinen guten Ruf. Diesen kann der Besitzer allerdings verlieren, indem er die bestehenden Sitten übertritt. Daran denkt ja auch wohl das preußische Landrecht, wenn es in T. I. Tit. 4 § 7 von Handlungen spricht, die die Ehrbarkeit beleidigen.

Eine Hauptbeweisstelle dafür, daß das Recht auch bei der Bewertung der guten Sitte „an der Außenseite haftet" (Ihering), ist eine vielfach mißverstandene Entscheidung Ulpians[1]) Dig. XII, 5 de condictione ob turpem vel iniustam causam fr. 4 § 3:

> Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudine versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix.

Man darf wohl annehmen, daß das turpiter facere sich mit dem contra bonos facere deckt (im Sinne des § 817 BGB.). Es wird in der l. 4 § 3 cit. ein Beispiel vorgeführt, das mehrere unsittliche Handlungen in sich schließt: die Teilnahme zweier Personen an der unsittlichen Verbindung, die Bezahlung und die Annahme des Lohns. Von diesen Handlungen wird nur einer, der letzteren, die turpitudo, d. i. die Gefährlichkeit für die guten Sitten, abgesprochen. Die Preisgabe der weiblichen Ehre für Geld war gefährlich, weil sie ein schlechtes Beispiel gab, nachdem sie aber geschehen war, konnte die Entgegennahme des Geldes die Gefährlichkeit des gegebenen Beispiels nicht weiter steigern. Anders die Bezahlung, die zu Wiederholungen des Unrechts ermutigen konnte. Unmoralisch ist also die Annahme des Sündenlohns allerdings, sittengefährlich ist sie aber als solche nicht.

Faßt man die Stelle so auf, so läßt sich die vielleicht überraschende Unterscheidung, die sie zwischen der Sittengefährlichkeit der Zahlung und des Empfanges eines Sündenlohns macht, noch heutzutage verwerten, ja sogar auf die

---

[1]) Kohler erklärt sie im Archiv f. bürg. R. Bd. 5. 5. 196 für eine reine Subtilität. Er steht damit nicht allein.

Besoldung anderer begangener Frevel in entsprechender Weise ausdehnen. Wer für ein begangenes Unrecht Geld nimmt, macht sich sicherlich einer unsittlichen Handlung schuldig, er steigert aber dadurch das schlechte Vorbild, das er bereits gegeben hat, als er das Unrecht um des Lohnes willen auf sich lud, nicht weiterhin. Das Unrecht war gewiß sittengefährlich, die Annahme des Lohnes erhöht aber diese Gefährlichkeit nicht mehr. Darum liegt in ihr nicht ein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 817). Dies würde zwar für die Möglichkeit des Rückgabeanspruchs gleichgiltig sein, weil der Geber wegen eigener Sittenwidrigkeit auf keinen Fall die Gabe zurückerhält. Es ist dies aber z. B. von praktischer Bedeutung für die Frage nach der Giltigkeit einer Empfangsvollmacht, die etwa eine Dirne nach der Beischlafsvollziehung ihrer Wirtin erteilt hat. Auch dieser Akt ist unsittlich, weil er mit der Unsittlichkeit der Vollmachtgeberin zusammenhängt. Er ist aber den Sitten nicht weiter gefährlich. Wohl aber würde eine Vollmacht, die etwa von seiten des zahlenden Beischläfers seinem Bankier erteilt wäre, den Sitten gefährlich, also ungiltig sein, denn ihre Beachtung würde ähnlichen Unsittlichkeiten ebenso zum Antriebe dienen, wie die Barzahlung durch den Auftraggeber.

Dieser vorbildliche Charakter der Sittengefährdung, der das Recht veranlaßt, ihr seine Aufmerksamkeit zu schenken, ist in besonders charakteristischer Weise aus den bekannten Worten des S. C. Macedonianum zu ersehen (Dig. 14, 6 de S. C. Macedon. fr. 1 pr.) cum . . . saepe materiam peccandi malis moribus praestarent, qui, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus pecuniam crederent.

Wenn endlich Ulpian meint, daß ein comprobare der erzwungenen Geschäfte contra bonos mores wäre (Dig. 50, 17 de reg. iuris fr. 116 pr.), so ist hier von einer Anerkennung solcher Akte in der Rechtspflege die Rede. Diese war dem alten Zivilrechte eigentümlich, kann also keineswegs als unsittlich gegolten haben. Wohl aber kam man allmählich dahinter, daß sie den guten Sitten gefährlich war, weil sie Erpressungen begünstigte.

Es ist dies wohl nicht der einzige Punkt, in dem erst die spätere Entwicklung einer Rücksicht auf die Gefahr für

die guten Sitten Rechnung trug. Das ältere Recht wird im Interesse der Rechtssicherheit die weitgehende Vollmacht, alle sittengefährlichen Geschäfte als ungiltig anzusehen, dem Richter wohl grundsätzlich verweigert haben. Darum ist es kaum glaublich, daß die Römer alles Ernstes dem Richter jemals die Macht gaben, noch außerhalb der Sittengefährlichkeit aus den sittlichen Erwägungen seines persönlichen Empfindens heraus Rechtsgeschäfte zu binden und zu lösen.

Nur auf diesem Boden wird man der Zweifel Herr werden, die die Veräußerung von Bordellen und ähnlicher Dinge in der Praxis entfesselt haben. Den „Idealen" des Rechts würde die unbedingte Ungiltigkeit dieser Geschäfte entsprechen; denn sie sind unsittlich.[1]) Man kann sogar in ihrer Vornahme einen „Verstoß" gegen die guten Sitten in der wörtlichen Bedeutung des Ausdruckes sehen. Dagegen fehlt ihnen in der Regel die Sittengefährlichkeit; denn die Nachteile, die von solchen Sachen ausgehen, vergrößern sich nicht, wenn sie aus einer Hand in die andere kommen, und die Unsittlichkeit, die ihr Erwerber mit ihrem Besitze dauernd auf sich ladet, wird dadurch ausgeglichen, daß ein anderer sich von der gleichen Unsittlichkeit befreit. Dasselbe gilt von der Veräußerung anstößiger Schriften und dergl.

Das vornehmlich politische Element, das in der Bekämpfung der Sittengefährlichkeit liegt, ist auch bisher keineswegs verkannt worden, vgl. Seufferts Archiv Bd. 49 Nr. 238, und namentlich Jastrow in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß Bd. XXXIV S. 500 im Widerspruche gegen eine richterliche Entscheidung (Seufferts Archiv Bd. 57 Nr. 438, zitiert in Dernburgs bürg. R. Bd. V § 75 S. 213 A. 6). Jastrow geht aber wohl darin zu weit, wenn er dem Richter S. 501 schlechterdings das Recht abspricht, „Herz und Nieren zu prüfen"; denn zuweilen muß dies doch geschehen, wenn z. B. ein Vorsatz oder eine Fahrlässigkeit festzustellen ist. Gleichgiltig sind die Motive bei der Sittenwidrigkeit der Geschäfte sicherlich nicht, fraglich ist nur,

[1]) Für eine „konventionelle Lüge" (vgl. Philipp a. a. O. S. 384) halte ich die Zurechnung dieser Geschäfte zu den unsittlichen nicht. Dig. V, 3 de her. pet. fr. 27 § 1 entspricht unseren Anschauungen nicht mehr, vgl. Kohler, Archiv f. bürg. R. Bd. 5 S. 247.

inwieweit sie noch neben dem Inhalte des Geschäfts in Frage kommen (Motive Bd. I S. 211, Protokolle Bd. I S. 123). Darüber kann m. E. nur die Gefährlichkeit der erkennbaren Beweggründe entscheiden. Deshalb hat auch die von Jastrow angefochtene, in Zweibrücken getroffene Entscheidung (Seufferts Archiv Bd. 57 Nr. 438) nicht ohne Grund alle wohltätigen Verfügungen zum Besten einer Konkubine für sittengefährlich erklärt. Mögen nämlich auch die Beweggründe des Verfügenden in einem derartigen Falle vielleicht von Unsittlichkeit frei sein, gefährlich bleibt immerhin das Beispiel der erkennbaren Belohnung eines Verhaltens, das grundsätzlich mißbilligt werden muß.

Aus gleichem Grunde wird man wohl den bekannten Streit über die conditiones religionis mutandae oder non mutandae aufzufassen haben. Unsittliche Bestrebungen sind hier keineswegs immer anzunehmen, wohl aber immer gefährliche Beispiele.

Mit dem Gesagten vereinbar ist auch die Bestimmung der sittenwidrigen Geschäfte von seiten des Reichsgerichts (Entsch. Bd. 56 Nr. 58 S. 203) als solcher, „die nach ihrem aus der Zusammenfassung von Motiv und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter den objektiven und subjektiven Momenten gegen die guten Sitten verstoßen", vgl. auch Entsch. Bd. 57 Nr. 47 S. 205 ff., Bd. 60 Nr. 67 S. 296, Bd. 46 Nr. 39 S. 154, Bd. 48 Nr. 64 S. 293. Ebenso wird in einer Reihe von Fällen die Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten deshalb abgelehnt, weil es an Umständen fehlte, die das angegriffene Geschäft zu einem bösen Beispiele für gute Sitten hätten machen können. Dies ist besonders klar ausgedrückt im Bd. 52 Nr. 78 S. 293, vgl. aber auch Bd. 53 Nr. 46 S. 186, Bd. 55 Nr. 20 S. 76, Bd. 57 Nr. 58 S. 255.

Wenn es nun hiernach auch hinsichtlich des § 138 jedenfalls für den Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten bei dem alten Recht geblieben ist, so ist das gleiche für § 826 zweifelhaft. Es ist in der Tat sehr wohl möglich, daß man bei der Abfassung dieser Vorschrift im Banne der Zweideutigkeit des Wortes Sittengebot stand und hier jede moralisch verwerfliche Schädigung als Verstoß gegen die

guten Sitten treffen wollte. Wenn man jedoch die Vorschrift nicht allzu pedantisch deutet, wird man so ziemlich in allen böslichen Schädigungen eines anderen die Gefährdung guter Sitten sehen können, also nicht zu der Annahme genötigt sein, daß die Terminologie des BGB. sich hinsichtlich des Verstoßes gegen die guten Sitten der Vieldeutigkeit schuldig macht.

Es hat ja allerdings etwas sehr Bestechendes, den Richter zum Wächter der Sittlichkeit zu erheben und das Schwert der Gerechtigkeit von der Stimme des Gewissens leiten zu lassen. Für schlichte Kulturstufen, denen die Unsicherheit der Rechtspflege selbstverständlich ist, mag dies passend scheinen, vielleicht auch für zukünftige Idealbilder der Rechtspflege. Zurzeit ist der deutsche Richter ein vorsichtiger Beamter, den die Anpassung seiner Pflicht an die Gebräuche seines Volkes nicht bedrückt.

Nur darin ist er schon jetzt dem Gesetzgeber ebenbürtig, daß es ihm überlassen ist, die Güte der Sitte zu bestimmen und die Sitten, die nicht gut zu sein scheinen, bei seinem Kampfe gegen den Verstoß gegen die Sitten außer Betracht zu lassen. So schafft er kraft gesetzlicher Vollmacht aus dem Stoffe, den ihm die Sitte und die eigene Bewertung der Sitte darbietet, ergänzende Normen, die Gesetzestexten gleichwertig sind und daher in der Redeweise Stammlers sehr wohl als „richtiges Recht" bezeichnet werden können. Der Richter steht aber dabei auf dem Boden des Gesetzes, dessen Wunsch er entspricht.[1])

Insoweit der Richter hiernach gute Sitten schützt (§§ 138. 817. 826. 242. 157), ist der Inhalt dieser Sitten zugleich Recht und Sitte. Die Inhaltsidentität verschiedener sozialer Gebote, die von verschiedenen Gewalthabern (Gottheit, Sitte, Gewissen, Obrigkeit) bekräftigt werden, ist eine bekannte Erscheinung, die sich auch hier zeigt und uns nicht befremden darf. Es gibt hier kein: Entweder — Oder, also auch keine Notwendigkeit, den Inhalt der Sitte von dem Inhalt des Rechts zu sondern.

---

[1]) Von der sog. „Freirechtlerei" ist daher bei der Methode dieser Ergänzung der Gesetze und Rechtsgewohnheiten durch richtige oder angemessene Grundsätze nicht die Rede.

Indem der Richter auf einem Gebiete, in dem die überlieferten Rechtssätze ihn im Stiche lassen, immerhin doch wenigstens an überlieferte Gebräuche gebunden bleibt, findet das Recht des Verstoßes gegen die guten Sitten so viel Festigkeit, als für die Rechtssicherheit erforderlich ist, ohne die Prüfung der Güte der Sitten dem freien Ermessen zu versagen.

Der Mittelweg zwischen einer allzu starren Form und einer allzu ungebundenen, im Verkehrsleben unvorhersehbaren Praxis ist auch hier im Laufe der Rechtsgeschichte gefunden worden. Er liegt in dem Grundsatze:

„Der Verstoß gegen die guten Sitten
liegt in der Gefährdung ihrer Fortdauer."

Über die Herkunft der Stipulation.

Eine Hypothese.

Von

Ludwig Mitteis.

nter den zahlreichen Hypothesen[1]), welche auf dem Gebiet des ältesten Rechts unsern Vorstellungstrieb befriedigen sollen, erfreut sich wohl keine so weitreichender Anerkennung wie jene über die Herkunft des römischen Verbalkontrakts — ich spreche geflissentlich von

---

[1]) **Vorbemerkung.** Die Vermutung, welche ich im nachstehenden vortrage, hat sich bei mir schon seit mehr als zehn Jahren entwickelt und der nachfolgende Aufsatz ist seit ungefähr ebensolanger Zeit in allem Wesentlichen fertiggestellt und niedergeschrieben. Daß ich mit der Veröffentlichung so lange gezögert habe, möge auch jenen, welche die folgenden Ideen ablehnen, als Beweis dafür dienen, daß mit der Verlautbarung derselben wenigstens nicht leichtherzig vorgegangen worden ist; je mehr ich die auf dem Gebiet des ältesten Rechts immer wieder stattfindende Propagation bloßer Einfälle ablehne, desto mehr fühlte ich mich verpflichtet, meine eigenen Vorstellungen auf diesem Gebiet einer reiflichen Prüfung zu unterziehen. Eine Hypothese bleiben sie wie jede andere *und ich bitte dringend, diese meine Bemerkung nicht zu vergessen und mir nicht Behauptungen zu unterstellen, wo ich nur Möglichkeiten andeute;* aber ich glaube es verantworten zu können, daß ich diese ausspreche, zumal die Berücksichtigung derselben wenigstens die bedenkliche Zuversicht verringern dürfte, mit welcher oft in ganz entgegengesetzter Richtung geforscht wird.

Im übrigen habe ich, zur Wahrung meiner Priorität, vor sechs Jahren wenigstens den Grundgedanken dieses Aufsatzes ausgesprochen, nämlich in meiner Abhandlung über das Nexum (Z. Sav.-St. 22, 96 ff.); dort findet sich (S. 97) die Bemerkung, es „wird sich ergeben, daß die Stipulation ursprünglich wie auch im deutschen Recht aus prozessualischen Kautionen hervorgegangen ist, wie denn überhaupt das römische Obligationenrecht in weiterem Umfang an das deutsche anklingt, als man gewöhnlich annimmt". Da diese Andeutung bereits wiederholt zitiert worden ist (Bekker, Z. Sav.-St. 23, 23 ff.; Girard, manuel[4] 488 A. 3), halte ich mich für verpflichtet, dieselbe genauer auszuführen.

ihr in der Einzahl, da sie tatsächlich bereits die Alleinherrschaft errungen hat. Wenn noch in der Mitte des vorigen Jahrhunderts Savigny den Versuch machen konnte, die Entstehung des Verbalkontrakts an den Verfall des alten Nexums anzuknüpfen [1]), ist dieser heute fast vergessen und verschollen, und in Lehrbüchern und Monographien wird es wie eine wohlbegründete Wahrheit vorgetragen, daß die römische Sponsion und Stipulation (ich werde die Namen promiscue gebrauchen) ihren Ursprung in sakralen Akten gehabt haben. [2]) Das einzelne mag sich der eine so, der andere anders ausmalen; dieser knüpft an einen Eidschwur am Altar des Herkules an [3]), jener betont mehr das Trankopfer, welches die Zeremonie begleitet hat, andere verbinden beides: in der Hauptsache ist man einig, daß man es mit einem direkt unter den Schutz der Götter gestellten Versprechen zu tun hat.

Es wäre wenig angemessen, diese Hypothese zergliedern und die Tragkraft ihrer einzelnen Elemente prüfen zu wollen. Denn daß auf unsicherem Grund gebaut ist, wird ja allseits zugegeben und man stößt im Grunde offene Türen ein, wenn man den nur sehr relativen Wert der hier zugrunde ge-

---

[1]) System 5, 538. — [2]) Die Vertreter insgesamt aufzuführen, wäre weitläufig und auch uninteressant; Literaturangaben für die ältere Zeit bei Voigt, Ius nat. 4, 426 f. Aus neuerer Zeit nenne ich nur Bechmann, Kauf 1, 348, Pernice an dem in Note 3 a. O. p. 1159, Leist, Gräko-ital. R. G. 458 und die Lehrbücher von Cuq (Institut. [1] 395), Girard (manuel [4] 484), Sohm [11] 64 n. 16, Czyhlarz [4] 168. Bemerkenswert ist namentlich, daß Mommsen, der in den „Forschungen" 1, 337 n. 18 noch die ältere, heute ganz aufgegebene Anknüpfung an das Nexum (Literatur bei Voigt a. a. O. 438) festhielt, später im Staatsrecht 1 [2] 239 A. 2 (in der 3. Auflage allerdings nicht mehr aufgenommen) sich ausdrücklich zur Sakraltheorie bekennt. Als seltene Ausnahme haben Voigt a. a. O. und Karlowa, R. G. 2, 699 weltlichen Ursprung angenommen; auf positive Tatsachen stützt sich übrigens ihre Darstellung der Genesis nicht. — [3]) Man stützt dies auf Dionys. A. R. 1, 40 und Festus ep. p. 59: consponsor coniurator. Am ausführlichsten ist dies von Danz, Der sakrale Schutz im Röm. Rechtsverkehr (1857) p. 13 ff. vertreten worden. Gegen ihn eingehend Girtanner, Stipulation 14–81, Pernice, Sitz.-Ber. der preuß. Akad. 1885 1160 [5]. Vermittelnd (Eid und Trankopfer) wieder Mommsen, Staatsr. 1 [2] 239 n. 2 und 241 n. 1.

legten Prämissen nachweist.[1]) Fast nur zum Überfluß sei daher betont, daß die äußeren Stützen, welche man dieser Lehre unterlegt, überaus schwach sind. Weist man auf den Eid an der Ara maxima des Herkules hin, so ist zu bemerken, daß unser ausführlichster Bericht hierüber diesen Eid als eine *gegenwärtige* Sitte darstellt: Dionys. 1, 40 sagt, daß *'ὅρκοι τε γὰρ ἐπ' αὐτῷ καὶ συνθῆκαι τοῖς βουλομένοις βεβαίως τι διαπράττεσθαι καὶ δεκατεύσεις χρημάτων γίνονται συχναὶ κατ' εὐχάς'*. Es ist ersichtlich, daß dieser Ausspruch viel zu viel beweist; wurden noch zur Zeit des Dionysios, wo die weltliche Stipulation in voller Blüte stand, solche Eide geschworen, so ist nicht abzusehen, warum nicht auch in ältester Zeit Eid und Stipulation haben nebeneinander bestehen können, warum gerade die letztere sich aus dem ersteren heraus hätte entwickeln müssen. Außerdem ist zu betonen, daß obligatorisch wirksame Eide sonst dem römischen Recht fremd sind, was geradezu unbegreiflich wäre, wenn der Eid einen Ausgangspunkt des Obligationenrechts gebildet hätte.[2]) Verweist man andererseits auf das Trank-

---

[1]) Dies ist noch schonender ausgedrückt, als es für jenen, der selbst eine Hypothese wagt, das alte „hanc veniam damus petimusque vicissim" mit sich bringt. Wollte man über die Methode der Beweisführung offen sprechen, so könnte das Urteil oft nur ein sehr scharfes sein. Was soll man z. B. sagen, wenn man liest (Danz 116) „Man würde alle diese Aussprüche unserer Quellen für Irrtümer einer späteren Zeit erklären müssen, wenn man leugnen wollte, daß hierin eine deutliche und unverkennbare Hinweisung auf den eidlichen Charakter der Sponsio liege" und dann findet, daß diese lauteren Quellen bestehen in Isidor Orig. 5, 24, 30 (sacramentum est pignus sponsionis!), Paulus Diacon. (Consponsor — coniurator; dazu vgl. das Sc. de Bacchanal., wo diese Begriffe gerade getrennt erscheinen) und Dionys. 1, 40, worüber im Text — also sämtlich Quellen dritten Ranges, die noch dazu den behaupteten Inhalt nicht einmal haben. — [2]) *Nur wo eine rechtliche Verbindlichkeit nicht möglich ist*, wie bei dem Frohndenversprechen des freizulassenden Sklaven, greift der Eid ein. Das betont niemand Geringerer als die Römer selbst. Gai. 3, 96 behandelt eidliche Versprechungen als eine Eigentümlichkeit der Peregrinen, die dem römischen Recht fehlt. In den Digesten bezieht sich der einzige Fall einer eidlichen Zusage auf Griechen, wie das kaiserliche Reskript D. 12, 2, 13, 6 zeigt. Auch die Papyri kennen keine eidlichen Zusagen von Römern (Wenger, Z. Sav.-St. 23, 230—2). Jedenfalls ist es das Prinzip der römischen Kaiserzeit, daß

opfer, so ist leicht zu sehen, daß dem hierfür maßgeblichen Bericht des Festus v. Spondere keine feste Tradition zugrunde liegt, sondern ein einfaches Rätselraten; man muß nur lesen, wie der Lexikograph sich ausdrückt: Spondere Verrius putat dictum quod sponte sua id est voluntate promittatur; deinde *oblitus* inferiore capite sponsum et sponsam ex Graeco dictam ait, quod ii *σπονδάς* interpositis rebus divinis faciant. Von einem Gewährsmann, der zwei verschiedene Erklärungen bei der Hand hatte, kann man nur das eine lernen, daß er nichts wußte; und wenn man genau zusieht, findet man ja auch nur gesagt, daß die *Griechen* das Versprechen mit einem Opfer zu begehen pflegen [1]), was wohl auf Reminiszenzen aus der homerischen Dichtung zurückgeht.

Dabei möchte ich nun freilich gleich vorweg bemerken, daß ich nicht daran denke, die etymologische Verwandtschaft von Spondere und *σπένδειν* bestreiten zu wollen, auf welche man nicht bloß im Altertum hingewiesen hat, sondern die auch heute noch unter den Philologen namhafte Vertreter findet.[2]) Was statt philologischer Ausführungen

der rechtlich verbindliche Vertrag durch den Eid an Kraft nichts gewinnt, D. 2, 14, 7, 16; 30, 112, 4; C. J. 1, 14, 5, 2; 2, 4, 42; 4, 30, 16. Rechtsungiltige Geschäfte werden allerdings um so lieber beschworen, um ihnen wenigstens moralische Kraft zu verleihen; z. B. Dionys. A. R. 2, 38, 5, Cic. in Verr. 1, 47, 122 ff.; D. 2, 4, 8, 2; 32, 37, 5; 39, 5, 19, 6; 37, 14, 6, 3; 40, 2, 13; 40, 9, 31; C. J. 4, 59, 2 pr. So suchten die Erblasser auch die an sich nicht klagbare Auflage durch eidliche Bestärkung (condicio iurisiurandi) zu sichern. Pernice, Lab. 3, 1, 47 f. — Die promissorischen Eide bei Plautus, die übrigens vorwiegend um ihrer theatralischen Wirksamkeit willen verwendet sein mögen, repräsentieren schwerlich eine römische Sitte; die internationale Gesellschaft, die sich dort trifft, schwört, weil der Eid international ist. Auch die wenigen durch nachklassische Konstitutionen als rechtsverbindlich anerkannten Eide (eidliche Bestärkung von Vergleich und Kompromiß) C. J. 2, 4, 41; 2, 55, 4 sind unrömische Bildungen. — Der promissorische Gestellungseid (vadimonium iureiurando Gai. 4, 185) ist eine offenbare Singularität.

[1]) Also sagt Verrius: „Die Griechen kennen eine sakrale *σπονδή* (auf welchem Gebiet sagt er nicht, vielleicht meint er die Verlobung); von diesem griechischen Wort leitet sich bei uns der Name von Bräutigam und Braut ab." — Und dies nennt sich ein Zeugnis für den sakralen Ursprung der Stipulation. — [2]) Auch das bekanntlich sehr vorsichtig verfaßte etymologische Wörterbuch von Walde nimmt sie neuerdings als plausibel an.

über sprachliche Möglichkeiten, die im Munde des Nichtfachmanns ohnedies wertlos bleiben, um so mehr zu betonen ist, ist aber dieses, daß die etymologische Frage mit der rechtshistorischen sehr wenig zu tun hat, was merkwürdigerweise fast immer übersehen wird.

Denn selbst wenn Spondere mit *σπένδειν* zweifellos zusammenzustellen sein sollte, so würde daraus doch nur folgen, daß es irgendeinmal religiöse Gelöbnisse mit Trankopfer gegeben hat und daß die privatrechtliche Sponsio von solchen den *Namen* überkommen hat. Daß sie selbst eines gewesen ist, folgt daraus keineswegs; denn es ist durchaus denkbar, daß an jenen ältesten sakralen Gelöbnissen sich zuerst der Name entwickelt hat, der dann später — in der erweiterten Bedeutung des Versprechens überhaupt — auf andere Versprechungen übertragen worden sein kann, welche sachlich ganz verschieden geartet waren.

Ja man muß nicht einmal soweit gehen. Wenn jemand durchaus daran festhalten wollte, es müsse einmal bei der Sponsion des ältesten Privatrechts ein Trankopfer stattgehabt haben, so kann man die Entscheidung dieser allem Anschein nach doch für alle Zeiten unlösbaren Frage ruhig dahingestellt sein lassen und zwar deswegen, weil es darauf gar nicht ankommt. Denn nicht die äußeren Zeremonien sind das Wesentliche an der Geschichte der Sponsion, sondern der juristische Zweck und Inhalt derselben. Über diesen ist aber mit der Feststellung eines bloßen Zeremoniells gar nichts gesagt, selbst dann nicht, wenn man demselben eine religiöse Bedeutung beimißt; denn es bleibt auch im letzteren Fall immer noch die Möglichkeit, daß diese eine bloß adminikulierende ist und für die Rechtsordnung als solche keinen selbständigen Wert hat.

Durch Untersuchungen über den Namen und die *diesem* entsprechende äußere Form der Rechtsgeschäfte ist hier überhaupt nicht weiterzukommen; denn die Namen können, wie gesagt, ihre ursprüngliche Bedeutung gewechselt haben, resp. von einem Vorgang, den sie ursprünglich genau deckten, auf einen andern übertragen worden sein.

Mehr Erfolg schiene es mir zu versprechen, wenn es möglich wäre, im Grundcharakter der Stipulation solche

Züge nachzuweisen, welche ihre Anlehnung an ein anderes, dem älteren Recht sicher bekanntes Institut ermöglichen würden. In der Tat lassen sich, wie ich glaube, ziemlich deutliche Parallelismen nachweisen zwischen ihr und einem Institut, das längst bekannt ist, nämlich den Praedes und Vades des alten Rechts.

I.

Ehe jedoch zu der Betrachtung dessen übergegangen wird, empfiehlt es sich noch die Frage zu erörtern, auf welchem Gebiet des Verkehrs die Entwicklung der Stipulation gesucht werden kann, oder, wie sich das auch ausdrücken läßt, welchen praktischen Zwecken die Stipulation oder das Geschäft, aus dem sie sich entwickelt hat, gedient haben mag.

Ich suche die Elemente für die Ausgestaltung der Stipulation vor allem auf jenem Gebiet, welches einen obligatorischen Formalvertrag von jeher erfordert hat und auf dessen Ausstrahlungen ich, wenn nicht das ganze Institut, so doch eine wesentliche Eigentümlichkeit desselben (s. unter V) zurückzuführen geneigt wäre.

Dies ist der Prozeß, genauer gesprochen: die Bürgenstellung im Prozeß.

Als den Urfall denke ich mir, wie es auch für die deutsche Rechtsentwicklung öfters angenommen worden ist, den Deliktsprozeß. Die Anfänge des römischen Obligationenrechts liegen ja im Dunkeln; aber schon lange setzt man, und sicher mit Recht, voraus, daß die Bußhaftung aus privaten Delikten den Anfang des Obligationenrechts, wie auch den des Zivilprozesses gebildet haben wird. Gerade hier bietet nun jeder vor Gericht geschlossene Sühnevertrag einen Anlaß zur Kautionsstellung, wenn der Schuldige das vereinbarte Sühnegeld nicht sofort aufzubringen vermag. Das Vorhandensein solcher Sühneverträge ist ja bestimmt überliefert; die Paktionen über stattgehabte Injurie, das Pacisci cum fure ist bekannt.

Aber auch sonst ist Bürgenstellung im Prozeß im großen Umfang und schon für die ältesten Prozeßformen erkenntlich.

Sie ist zunächst bezeugt für die Legis actio sacramento: es erscheinen hier Bürgen in zweifacher Funktion. Einmal kann bei jeder Art des Sakramentsprozesses es zu einer Bürgenstellung *an den Magistrat* kommen, wenn die Parteien die Sakramentssumme, was allmählich zur Regel wurde, nicht bar hinterlegen (praedes sacramenti). Anderseits kommt es zu einer Bürgenstellung an den Gegner im dinglichen Sakramentsprozeß von seiten der Partei, welcher der Magistrat die Vindizien verliehen hat (praedes litis et vindiciarum).

Die gleiche Bürgenstellung muß aber auch immer stattgehabt haben im Fall einer Terminsverlegung. Dafür haben wir einen wenigstens indirekten Beweis noch in der Nomenklatur des späteren Vadimonium; dasselbe wird mit Bürgen geleistet und es weist hierbei der Name auf den uralten Begriff des Vas = ἔγ-γυος, wadia (die Verwandtschaft der Worte ist bekannt) zurück.

In weitem Umfang erscheint endlich die Bürgschaftsleistung im Strafprozeß, insofern sie hier das Mittel ist, dem Angeschuldigten das Verbleiben auf freiem Fuß für die Dauer des Prozesses zu ermöglichen.

Indem ich also die gerichtliche Bürgenstellung als den ältesten Fall vermute, möchte ich übrigens nicht gesagt haben, daß die außergerichtliche nicht habe vorkommen können. Wie im deutschen Recht schon früh neben der gerichtlichen die außergerichtliche Wadiation sich findet (vgl. statt aller Heusler, Institutionen 2 §§ 122, 123), so kann es auch bei den Römern gewesen sein. Beispielsweise mag die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung zu einer Garantiestellung geführt haben. (Man wird zwar auch hier die Möglichkeit nicht außer acht lassen, daß dies erst ein *sekundäres* Stadium ist und das primäre darin bestand, daß im Fall der Eviktion der Verkäufer wie ein Dieb, der den Käufer um sein Geld gebracht hatte [Ihering], nach *Delikts-recht* verfolgt wurde — gerade derart sind die Erwägungen, weshalb man die außergerichtliche Bürgenstellung gerne nicht auf das volle Alter der gerichtlichen zurückdatiert.) Immerhin aber ist das Vorkommen von Vades seitens des Ver-

käufers anscheinend bezeugt [1]) und man wird darum diesen Anwendungsfall keineswegs unterschätzen dürfen.[2])

Ob beim Darlehen jemals Vades gegeben werden mußten, wird man dahingestellt lassen müssen. Sicher ist eines: daß wir hierfür keine Zeugnisse haben, ja daß im Gegenteil uns ein Darlehen bezeugt ist, das mit Vades sicher nichts zu tun hat, nämlich jenes, das mit Erz und Wage gegeben wird: denn für die Periode, wo dieses auftritt, würden die Berichte der Historiker anders lauten, wenn hier die Geiselstellung das Maßgebende wäre.[3]) Aber freilich ist zu bedenken, daß

[1]) Varro de l. l. 6. 74: 'A quo caveri postea lege coeptum est ab his qui praedia venderent, vadem ne darent; ab eo adscribi coeptum in lege mancipiorum: Vadem ne poscerent, nec dabitur'. Es ist freilich behauptet worden, daß mit diesen Vades Bürgen gemeint seien, die erst nach Abschluß des Kaufes verlangt wurden (Huschke, Nexum 196; Eck, Verpflichtung des Verkäufers 11); doch ist mir die Auffassung von Bechmann, Kauf 1, 113ff. wahrscheinlicher, wonach schon beim Kauf von ihnen die Rede war. — [2]) Jedenfalls ist in der klassischen Zeit die Stellung von Verkaufsbürgen sehr üblich. In der Geschäftswelt war sogar die Meinung verbreitet, daß sie obligatorisch sei, D. 21, 2, 56 pr., und dies ist erklärlich bei dem massenhaften Vorkommen derselben; D. (18, 1) 72; (18, 2) 4. 6; (18, 5) 3 und 10, 1; (18, 6) 19, 1; (19, 1) 24, 2; (21, 2) 22, 1. 37 pr. 40 und 41, 2; (44, 4) 15; (45, 1) 113, 1; (46, 1) 45; (49, 1) 5 pr. [Über die Verbreitung der *βεβαίωσις* in Griechenland jetzt Keil in Ath. Mitteil. 1895 p. 48 mit Liter.] Es ist nicht unmöglich, daß die zweijährige Ausschlußfrist der Klage gegen Sponsor und Fidepromissor sich daran anschließt, daß eine so wichtige Spezies derselben wie die Kaufbürgen, für die Auctoritas äußerstenfalls nur zwei Jahre hafteten. (Vgl. Rudorff, Ztschr. f. gesch. Rw. 14, 440, der allerdings diesen Gedanken unrichtig formuliert und deshalb mit Recht von Huschke, Gajus 85 ff., gerügt worden ist.) — [3]) Ich halte daran fest, daß das Gelddarlehen in der Form des Per aes et libram gestum begründet worden ist; bestimmend bleibt für mich das 'Nexum aes' des Festus, für welchen Ausdruck es sonst keine Erklärung gibt. Die Hypothese, welche Lenel (Z. Sav.-St. 23, 96 ff.) aufgestellt hat, daß das Darlehen unter Bestellung von Vades gegeben wurde, trägt jenem Zeugnis keine Rechnung, wie ich denn überhaupt den positiven Aufstellungen jenes Aufsatzes — in der Negative gegen Huschkes Lehre ist Lenel zu meiner Freude mit mir einig — nicht zu folgen vermag. Wertvoll ist es mir dagegen zu sehen, daß auch Lenel den Gedanken der Selbstbürgschaft für das römische Recht anerkennt; wenn ich trotz seinen übrigens in dieser Richtung nur andeutungsweisen Bemerkungen auch für die meinen das Recht der vollen Originalität in Anspruch nehme, so beruht das

die Zeit, welche vom Darlehen per aes et libram spricht, nicht mehr die Urzeit ist, sondern ein Mittelalter: wie in Deutschland die 'Res praestita' frühzeitig sich von der Notwendigkeit eines Vergeiselungsvertrags emanzipiert und selbständige Klagbarkeit erlangt hat, so vielleicht auch hier. Darüber hinaus bleibt dann eine Urzeit des ältesten Realvertrags, für die wir uns ja auch die Zuziehung von Vades vorstellen können. Aber irgendeinen Wert haben solche ganz anhaltlose Vermutungen nicht.

Denkbar ist ferner, daß Erbteilungen, Mitgifts- oder Brautkaufsversprechungen u. dgl. schon früh zu formellen Garantieverträgen führten. Das alles soll nicht übersehen sein. Aber trotz alledem dürfte das Gebiet des Prozesses nicht bloß das ursprünglichste, sondern auch dasjenige sein, dessen Ausstrahlung auf die Ausgestaltung des Instituts selbst in Einzelpunkten (s. unter V) eingewirkt hat.

II.

Innerhalb des römischen Stipulations- und Bürgschaftsrechts ist keine Tatsache so merkwürdig und lehrreich, wie die Terminologie.

Die spezifisch römische Stipulationsart ist bekanntlich die Sponsio, wie sich unter anderem bekanntlich daraus ergibt, daß das Wort Spondeo und nur dieses den römischen Bürgern vorbehalten ist: der Nichtbürger kann sich mit diesem Wort nicht verpflichten; die Sponsio des Peregrinen ist nichtig.

Und nun ist es eine auffallende Erscheinung, daß das Substantivum Sponsor nicht den Sponsionsschuldner schlecht-

einfach darauf, daß in meiner schon vor Lenel gemachten Bemerkung über „das Hervorgehen der Stipulation aus Prozeßkautionen“ dieser Gedanke bereits deutlich ausgesprochen ist. Denn da die Prozeßkaution der alten Zeit durch Praedes und Vades gegeben wird, die der späteren durch Sponsores, und ich dabei auf die Analogie des deutschen Rechts ausdrücklich verwiesen hatte, liegt es auf der Hand, daß hiermit implicite die Ableitung der Sponsio aus den Praedes und Vades und zwar auf dem Umweg über die Selbstbürgschaft verlautbart war; man vgl. mit meinen oben S. 109 A. 1 zitierten Worten die Ausdrucksweise von Schröder, Deutsche RG.[1] 55, der ich geflissentlich ad verbum gefolgt war: „Der spätere Formalvertrag (fides facta) oder Wettvertrag (Wadiatio) ist *aus prozessualischen Kautionen hervorgegangen*“.

hin bedeutet, sondern den Bürgen. Dies so sehr, daß der Hauptschuldner meines Wissens[1]) überhaupt nicht Sponsor genannt wird. Bei Cicero und Gajus kommt Sponsor nicht ein einziges Mal in dieser Bedeutung vor, obwohl das Wort namentlich bei letzterem oft erscheint. Auch die justinianischen Digesten nennen den Hauptschuldner nie Sponsor. Freilich haben die Kompilatoren gegen das Wort eine Abneigung insofern, als es eine Kategorie der Bürgen bezeichnete, die sie nicht mehr anerkennen, und bei übergroßer Vorsicht könnte darum jemand daran denken, daß sie in blindem Übereifer auch wo das Wort in der Bedeutung „Hauptschuldner" vorkam, es gestrichen und durch Reus promittendi oder Promissor ersetzt hätten. Indessen wäre dies doch zu töricht gewesen; auf ein Leserpublikum, das Bürgen und Hauptschuldner einfach verwechselte, brauchte man denn doch nicht zu rechnen, und so gut Spondere und Sponsio (D. 50, 16, 7) in den Digesten stehen geblieben sind, hätte auch Sponsor in der Bedeutung von Hauptschuldner stehen bleiben können, wenn das Wort vorgekommen wäre.

Nur eine einzige Stelle scheint eine Ausnahme zu machen: bei Julian D. 46, 3, 34, 1 scheint statt 'Fidejussores' gestanden zu haben 'Sponsores'[2]) und es ist möglich, obwohl *keineswegs* notwendig[3]), daß Julian dabei an Hauptschuldner

---

[1]) *Diese* Reserve muß natürlich bei einer negativen Behauptung immer gemacht werden; namentlich solange der Thesaurus linguae lat. nicht abgeschlossen vorliegt, wird man nicht wagen, hier allzu apodiktische Thesen hinzustellen. Aber so viel ist sicher, daß sich weder in den Generallexika von Forcellini, Georges, Klotz für Sponsor eine andere Bedeutung angegeben und nachgewiesen findet als die des Bürgen, noch auch bei Merguet zu Cicero, noch auch in der Literatur, abgesehen von der unten besprochenen Stelle D. 46, 3, 34, 1. Nur Heumann-Seckel hat für Sponsor die Bedeutung „Hauptschuldner" und stellt diese sogar an die Spitze, hat aber hierfür nur jene einzige Stelle namhaft gemacht. — [2]) Diese Tatsache ist bekannt; Lenel, Pal. 1, 459; Pernice, Z. Sav.-St. 19, 182 A. 4; Girard, manuel[4] 749 A. 4; Levy, Sponsio, fidepromissio, fideiussio (1906) 2. — [3]) Die Stelle lautet .... nam ex contrario cum duo fideiussores (l: sponsores) hominem dari spoponderint, diversorum quidem hominum partes dantes non liberantur sqq. Nun ist eins auffallend: Der Eingang der Stelle handelt von *Korrealgläubigern* (duo rei stipulandi) und sagt, daß diesen Teile verschiedener Sklaven nicht mit be-

gedacht hätte. Aber ein solches ἅπαξ λεγόμενον würde doch, selbst wenn es viel gesicherter wäre als es ist (S. 118 A. 3), sehr wenig besagen, abgesehen von der Möglichkeit, daß ein Schriftsteller sich einmal eine individuelle Substantivbildung gestattet. Und gesetzt selbst, daß eine solche Verwendung mehr als einmal geschehen sein sollte, so würde das doch nur beweisen, daß eine Erweiterung des ursprünglichen Wortsinnes Platz zu greifen begann.

Denn daß dieser auf den Bürgen und nur auf diesen ging, folgt schon daraus, daß man unmöglich Hauptschuldner und Bürgen *von vornherein* mit demselben Terminus bezeichnet haben kann. Wäre die Bedeutung Sponsor = Hauptschuldner in alter Zeit anerkannt gewesen, so hätte der Bürge notwendig Ad-sponsor, Fide-sponsor oder sonstwie genannt werden müssen.

Man hat nun (Zitt. bei Levy, Sponsio 2) das Auffallende der Tatsache, daß Sponsor den Bürgen bezeichnet, schon oft registriert; aber bisher nicht die volle Tragweite dieser

---

freiender Wirkung geleistet werden können, und es ist richtig, daß das 'non ex contrario' den Gedanken nahelegt, jetzt wolle Julian von Korrealschuldnern, also Hauptschuldnern (nicht Bürgen) reden (Levy, Sponsio S. 2). Aber warum sagte er dann nicht 'duo rei promittendi'? Denn dieses war der einzig richtige Ausdruck: duo sponsores ist sicher nie technisch für Korrealschuldner gewesen, schon deswegen, weil es in seiner doch von niemand geleugneten Bedeutung als „zwei Bürgen" nach der lex Furia gerade die Partialhaftung mit sich bringt. Und ebendas führt mich auf den Gedanken, ob nicht Julian mit dem Ausdruck Sponsores das Beispiel auch in dem Sinne variieren wollte, daß er dem im ersten Satz gegebenen Fall einer (aktiven) *Korreal*obligation jetzt den einer (passiven) *Partial*obligation (d. h. einer solchen mit *gesetzlicher* Teilverpflichtung) entgegenstellen wollte? Der kleine Sprung, der in dieser doppelten Umsetzung (nämlich von der Gläubiger- auf die Schuldnerseite und von der korrealen zur partialen Haftung) gelegen war, würde dadurch ausgeglichen, daß das Beispiel sehr viel praktischer und packender wurde: denn der Fall, daß *Korreal*schuldner nur jeder pro parte leisten, ist zufällig und daher seltener, während bei den teilhaftenden Sponsionsbürgen die Erscheinung alltäglich war. Darum war ihre Behandlung offenbar auch allgemein bekannt und gerade darin, d. h. im Hinweis auf ein bekanntes Paradigma, könnte der Zweck des mit 'Nam' eingeleiteten Satzes liegen. — Dabei setze ich natürlich voraus, daß die Teilhaftung der lex Furia auch bei andern als Geldschulden eintrat; dagegen besteht aber auch kein Bedenken.

Tatsache erkannt. Man hat nämlich, wahrscheinlich getäuscht durch den Umstand, daß in historischer Zeit spondere doch auch eine Tätigkeit des Hauptschuldners bezeichnet, eine Frage aufzuwerfen unterlassen, die sich meines Erachtens angesichts unserer Terminologie fast mit Notwendigkeit aufdrängt, und diese geht dahin, *ob es nicht eine Zeit gegeben hat, wo das Spondere eben bloß eine Tätigkeit des Bürgen darstellte.*

Die Tatsache, daß der Bürge schlechthin Sponsor heißt und der Hauptschuldner nicht, führt demgemäß zu der Frage, ob das spätere 'Spondere' des Hauptschuldners nicht eine historisch sekundäre Bildung repräsentiert.

III.

Kehren wir nun zu den Praedes und Vades zurück, so finden wir hier eine Erscheinung, welche Mommsens Scharfblick schon vor mehr als einem halben Jahrhundert erkannt hat.[1]) In seinem Kommentar zu den spanischen Stadtrechten findet sich die Bemerkung, daß die älteste Bürgenstellung die Haftung des materiellen Verpflichteten — wir wollen ihn kurz Hauptschuldner nennen, obwohl die Bezeichnung nicht recht paßt — durchweg ausschließt. Man kann dies vielleicht so ausdrücken: der älteste Bürge ist nicht Bürge im heutigen Sinne, sondern Geisel.

Es wäre eine interessante Aufgabe, diese Erscheinung durch die Rechte anderer bekannter Völker zu verfolgen, was übrigens teilweise auch schon geschehen ist; wir werden unten darauf zurückkommen, daß gleiche Erscheinungen insbesondere auch im deutschen und griechischen Recht sich finden. Für das älteste römische Recht wird sie in der Tat durch sichere Zeugnisse zur Evidenz erwiesen.[2])

---

[1]) Stadtrechte 466 ff. Merkwürdigerweise hat Ihering in der Vorrede zur 4. Auflage des dritten Bandes vom „Geist" dieselbe Auffassung, „mit der er seines Wissens ganz allein stehe" (p. XII), drei Jahrzehnte später noch einmal entdeckt und mit großer Lebhaftigkeit als fundamentale Neuheit bekanntgegeben, worin übrigens jeder, der Iherings absolute Loyalität in diesen Dingen kennt, lediglich ein Symptom mangelnden Gedächtnisses erblicken wird. — [2]) Das gesamte Quellenmaterial über die Praedes geben (für ihre Zeit) Rivier, Cautio praedibus praediisque 1863 und Göppert, Z. R.-G. 4.

Das Stadtrecht von Malaca hat an jener Stelle, welche Mommsen bei seiner Bemerkung im Auge hatte (c. 63—65), die Verpachtung der städtischen Vektigalia und Verdingung der Ultro Tributa zum Gegenstand. Hierbei wird bestimmt, daß der Pächter für den Pachtzins Praedes (und Praedia) stellen soll, und es wird nun festgelegt, wie im Fall vorkommender Rückstände die Gemeinde sich an die Praedes und Praedia halten soll: von einer Realisation ihres Anspruchs gegen den Pächter selbst ist gar keine Rede.

Ich gebe zu, daß dieses Zeugnis, wenn es allein stände, noch nicht voll beweisend wäre, indem man immer sagen könnte, daß die Personalhaftung gegen die Realkautionen praktisch so zurücktritt, daß man sie vernachlässigen konnte. Seine volle Bedeutung erhält es jedoch durch die Vergleichung der Bürgenstellung im dinglichen Sakramentsprozeß.

Hier sagt Gajus 4, 16, indem er die Vindizienerteilung bespricht:

> Postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod in publicum cedebat.

---

249 ff.; für die Vades Voigt, Abh. d. sächs. Ges. d. Wiss. 1881, 299 ff. — Über das Verhältnis der Begriffe von Praes und Vas kann in diesem engen Rahmen nicht gehandelt werden. Mommsen hat an dem S. 120 A. 1 a. a. O. 468 behauptet, daß die praedes immer nur dem Staat (resp. der autonomen Munizipalgemeinde) gestellt werden. Damit sind schon die praedes litis et vindiciarum, welche der Prozeßgegner erhält, nicht zu vereinigen. Wenn außerdem sich praedes für Privatpersonen finden bei Plautus, Menaechm. 4, 2, 23 ff.; Cic. ad Att. 6, 1, 8; 9, 9, 4; 13, 3, 1, so wird hier praes freilich nur ein anderer Name für Sponsor sein; aber er hätte kaum verwendet werden können, wenn es private Praedes nie gegeben hätte. Insofern ist also zwischen praes und vas kein nachweislicher Unterschied vorhanden. — Immerhin erscheinen die vades in historischer Zeit regelmäßig im Prozeß als Gestellungsbürgen, aber bei Cic. ad Brut. 1, 18 erscheint vas wieder in der Bedeutung von praes. — Über die Etymologie von praedes (praevides? [von praevidere] arg. l. agrar. l. 46. 47 oder prae-vades?) herrscht Streit; unmöglich ist die antike Ableitung von praestare, Festus v. manceps.

Hier ist die Tatsache, daß nur die Praedes haften, evident: denn der Kavent ist ja durch keine Rechtstatsache persönlich verhaftet; soweit es sich um die Kaution für die Lis und Vindiciae handelt, folgt dies schon aus der Natur des *dinglichen* Prozesses und ebenso ist es klar, daß eine persönliche Haftung der Parteien für die Sakramentssumme an sich nicht begründet ist. An irgendeiner andern Tatsache, welche diese Haftung herstellen würde, fehlt es aber durchaus: es haften ausschließlich die Praedes.

Wie zum Überfluß, um jeden denkbaren Skrupel niederzuschlagen, schließt sich dem noch der Umstand an, daß im späteren dinglichen Sponsionsprozeß die Kaution des beklagten Besitzers für die Erfüllung des Urteilsanspruchs den Namen führt: Stipulatio pro praede litis et vindiciarum, Gai. 4, 91. Das heißt: in dieser jüngeren Entwicklungsphase, wo es bereits dahin gekommen ist, daß der Beklagte sich persönlich (natürlich mit Bürgen) für die Erfüllung des Judikats haftbar macht, tritt dieses sein stipulatorisches Versprechen *an den Platz* der alten Geiselstellung: es ist „persönliche Garantieübernahme als Geisel".

Eine drastische Illustration erfährt dieser Charakter der ältesten Geiselstellung dadurch, daß im puteolanischen Gemeinde-Baukontrakt der Unternehmer[1]), indem er — ähnlich wie es für die Malacitanischen Gemeindepächter vorgeschrieben ist — für seine Verpflichtungen Praedes stellt, sich selbst als ersten Praes bezeichnen läßt: „C. Blossius Q. F. HS MD (sc. redemit). Idem praes." Und damit steht in genauer Übereinstimmung eine Notiz des Festus:

> 'Manceps dicitur, qui quid a populo emit conducitve qui 'idem praes' dicitur, quia tam debet praestare populo quam qui pro eo praes factus est.'

Hier wird mit dürren Worten gesagt, daß der Unternehmer sich selbst als Praes bezeichnet, weil er ebenso haftet, wie sein Praes. Man beachte die Logik: nicht der Bürge soll haften wie der Unternehmer, sondern der Unternehmer wie der Bürge. Die Haftung des Bürgen gilt als das Primäre, die des Manceps als das Sekundäre, Nach-

[1]) Bruns, Font.[6] A. 142 p. 332; dazu Wiegand in den Jhb. für klass. Philol. 20. Suppl.-Bd. 684, 688 f.

gebildete, und diese sekundäre Haftung wird erst erzeugt dadurch, daß der Manceps in die Rolle, „sein eigener Bürge“ zu sein, eintritt.

Eine neuerliche Bestätigung erfahren diese Tatsachen durch das i. J. 1894 aufgefundene Fragment eines Stadtrechts von Tarent[1]), wo es (lin. 9) vom Quatuorvir und Aedilis heißt, er habe für die übernommenen Gemeinde- und Tempelfonds Sicherstellung zu leisten '*quei pro se praes stat* praedes praediaque ad IIII vir(um) det', also indem er nebst anderen sich selbst zum Bürgen für die Leistung zu stellen habe.

Was hier für den Praes ausgeführt ist, wird man ohne allzu große Kühnheit auch für den Vas annehmen können. Der Name Praes wird ja von manchen Etymologen auf Praevas zurückgeführt.

Wenn also ursprünglich der Praes eine Geisel ist, ein Einständer, dessen Haftung keine eigene Verbindlichkeit des Schuldners voraussetzt, so haben wir dieselbe Erscheinung auch im griechischen und altgermanischen Recht. Wir besitzen aus dem hellenischen Rechtskreis noch eine Reihe von Verkaufs-Urkunden, welche eine ähnliche Wendung aufweisen wie die ohen zitierte Formel 'idem praes'; der Verkäufer, der nach griechischer Auffassung prinzipiell Garanten für die Gewährschaft (*βεβαιωταί)* zu stellen hat[2]), stellt als ersten und einzigen *βεβαιωτής* sich selbst, eine deutliche Reminiszenz daran, daß ursprünglich er selbst gar nicht, sondern nur die *βεβαιωταί* gehaftet haben. Und für das altgermanische Recht steht es heute außer Zweifel, daß das Urteilserfüllungsgelöbnis, die 'fides facta', ursprünglich durch Geiseln geleistet wurde, ohne daß eine entsprechende Verpflichtung des Beklagten daneben herging; die Geiseln haften wie Pfänder (vadia)[3]). Wenn, wofür eine bedeutende

[1]) Publiziert von de Petra und Scialoja in den Monum. dei Lincei 6 (1896), dazu Mommsen, Verm. Schr. 1, 157. — [2]) Pap. Leyd. M col. 2 lin. 6, N col. 11 lin. 6, Pap. du Louvre, Notices et Extraits, Bd. 18, 2 Nr. 17 lin. 14, Pap. Grenfell 1, 33 lin. 25; 36 lin. 8 u. a., Reichsrecht und Volksrecht p. 179. — [3]) Hierüber sowie zu den folgenden Verweisungen auf das germanische Recht vgl. Sohm, Recht der Eheschließung 41 f.; Val de Lièvre, Launegild 186. 244 f.; Heusler, Institut. 2, 232, 250 f.; Schröder, Deutsche Rechtsgesch. 56 f.; Brunner, Ztschr. f. Handelsr. 22, 102, 513; P. Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis.

Wahrscheinlichkeit spricht, die Etymologie von wadium, griechisch ἔγ-γυος, vas und praes (prae-vas?)[1]) die gleiche sein sollte, würde die ursprüngliche Einheit des Geiselbegriffs noch stärker hervortreten.

Aus den oben angeführten Quellen ergibt sich aber gleichzeitig, daß auch in Rom und Griechenland ein ähnlicher Prozeß vor sich gegangen ist wie in den germanischen Rechten; es kommt eine Zeit, wo der Beklagte neben den Geiseln sich selbst als Geisel stellt, die Zeit der „Selbstbürgschaft".

IV.

Was im vorigen Abschnitte gesagt wurde, sind Tatsachen, die den heutigen Romanisten bekannt sein werden und deren kurze Zusammenfassung ich nur darum nicht umgehen konnte, weil die Grundlage der jetzt aufzustellenden Vermutungen klar und fest gelegt werden mußte.

Diese Vermutungen gehen aber dahin, daß die römische Sponsion gerade aus diesen Kautionen erwachsen ist. Ich wage die Hypothese, daß die Sponsion nichts ist als die umgebildete, von ihrem ursprünglichen prozessualen Boden losgelöste Selbstbürgschaft.

1. Es sei gestattet, hier zunächst eine Bemerkung allgemeinen Inhalts vorauszuschicken.

Die Kaution für die gerichtliche Gestellung heißt bei den Römern bekanntlich Vadimonium. Nun wird das Vadimonium in alter Zeit, wie der Name besagt, durch Vades, in klassischer Zeit durch Sponsio und Sponsores geleistet. Wenn nun dieser letztere Vorgang als Vadari, Vadimonium bezeichnet wird, ist da nicht eigentlich eine mathematische Gleichung hergestellt? Man müßte ja eine förmliche Revolution in der Geschichte der prozessualischen Kautionen annehmen, um das stipulatorische Versprechen des klassischen Vadimonium von der alten Stellung von Praedes oder Vades zu trennen. Es müßte angenommen werden, daß für dieselben Garanten, die ursprünglich als Praedes oder Vades nach dem oben geschilderten eigentümlichen Recht gestellt wurden, später — man weiß nicht warum — eine ganz neue Form

[1]) Freilich nicht ganz unbestritten (oben S. 121 A. 2).

der Garantieübernahme geschaffen wurde. Und dabei hätte diese neue Form den alten Namen beibehalten! Ist es da nicht schon an sich viel naheliegender, statt der Revolution eine bloße Evolution anzunehmen und zu glauben, daß die Sponsion nicht etwas von der Geiselstellung Verschiedenes, sondern eben aus der alten Geiselstellung selbst herausgewachsen ist?

Man wende nicht ein, daß bei der Stipulatio pro praede litis et vindiciarum der Fall einer wirklichen Verdrängung der Praedes durch die Sponsion sogar nachweisbar sei. Gewiß! Aber hier hat die stattgehabte Umwälzung auch sofort im Namen ihren Ausdruck gefunden und sie ist auch sachlich begreiflich, weil die Einführung der Stipulatio pro praede eben mit der Einführung eines neuen Vindikationsverfahrens zusammenhängt. Für dieses mußte eine neue Ordnung aufgestellt werden und da ist es nur natürlich, daß, wenn damals aus der Prädesstellung schon die Selbstbürgschaft, also die Sponsio in ihrer späteren Gestalt erwachsen war, man das Institut gleich so taufte, wie es damals beschaffen war. Daraus folgt aber natürlich nicht das mindeste dagegen, daß im übrigen die Umwandlung von selbst vor sich ging.

Und ebensowenig ist daraus, daß noch Gajus von den Praedes zu berichten weiß, zu folgern, daß ihre Eigenart so lange bestanden haben muß, daß dies mit der Entwicklung der Stipulation chronologisch nicht zu vereinbaren wäre. Denn abgesehen davon, daß *der* Prozeß, den Gajus 4, 16 schildert, wirklich ein sehr alter ist, kann man es auch keineswegs ausschließen, daß auch hier der Vindizienempfänger in den späteren Entwicklungsstadien dieser Prozeßform sich selbst nebst den andern Praedes als Praes bezeichnete, so daß Gajus nur die abstrakte Theorie des Vorganges berichten würde, welche praktisch bereits modifiziert war.

2. Indessen ist es mit dieser Erwägung über das Vadimonium noch nicht getan und nicht sie ist es, welche mich auf meine Vermutung geleitet haben würde. Der maßgebende Punkt war für mich zunächst ein anderer.

Erinnern wir uns an das unter II Gesagte. Dort wurde betont, wie es auffallend ist, daß der römische Bürge und er allein, nicht auch der Hauptschuldner, Sponsor heißt. Darin scheint, wie dort gesagt wurde, ein Fingerzeig dafür zu liegen, daß ursprünglich das Spondere eine Tätigkeit des Bürgen allein ist. Wenn in der klassischen Zeit der Hauptschuldner gleichfalls spondiert, so hat er gelernt, zu tun, was ursprünglich dem Bürgen allein zukam, das heißt, das Spondere des Hauptschuldners ist ein dem des Bürgen nachgebildetes.[1])

---

[1]) Der Schilderung der Entwicklung, wie sie in der gründlichen und kenntnisreichen Schrift von Levy (oben S. 118 A. 2) gegeben ist, kann ich nur ablehnend gegenüberstehen; doch darf an einer Theorie, die sich mit unserm Thema so nahe berührt, nicht stillschweigend vorübergegangen werden. Levy geht wie ich von der Tatsache aus, daß der Bürge nur Sponsor ohne ein den akzessorischen Charakter kennzeichnendes Distinktiv genannt wird; aber seine Schlußfolgerungen aus dieser Erscheinung sind ganz andere als die meinen. Er steht auf dem Boden der alten Sakraltheorie, meint, daß ohne weiteres auch der Hauptschuldner Sponsor heißen kann (obwohl er zugibt, daß der überlieferte und regelmäßige Sprachgebrauch damit nicht übereinstimmt) und folgert daraus: Also ist der Bürge ursprünglich Korrealschuldner. Ja, er kann eigentlich gar nichts andres sein: Denn wenn man sich gewöhnlich vorstellt, die Sponsionsbürgschaft sei in der Weise eingegangen worden, daß erst die Sponsion des Hauptschuldners erfolgt, dann eine auf 'Idem dari spondes' lautende des Bürgen, so sei zu entgegnen, daß bei diesem Modus notwendig Novation eingetreten wäre. Daher müsse noch in der klassischen Zeit die Bürgschaft in der für die Korrealstipulation vorgeschriebenen Form (J. 3, 16 pr.) begründet werden, d. h. der Bürge nach seinem Idem dari spondes gefragt werden, noch *ehe* der Hauptschuldner für seine eigene Person zugesagt hat. Also ist der Begriff des Sponsionsbürgen zunächst nur ein sozialer und moralischer: es ist formell ein Korrealschuldner, den man jedoch moralisch als bloßen Garanten ansieht. *Juristische* Erkennbarkeit hat der Gegensatz von Hauptschuldner und Sponsionsbürgen durch die lex Cicereja (Gai. 3, 123) bekommen, indem dieselbe den Gläubiger verpflichtet zu erklären, wieviel Bürgen er annehme; und diese Erkennbarkeit war damals um so dringender geworden, als schon früher das Appulejische und Furische Gesetz für die Bürgen gewisse Rechtswohltaten eingeführt hatten. — Ich bedaure, in dieser Schlußfolgerung jedes Glied für sich bezweifeln zu müssen. Daß der Ausgang von der Sakraltheorie für mich nicht existiert, ist klar; ebenso bestreite ich den Satz, an dem eigentlich alles hängt, daß Sponsor neben dem Bürgen, u. z.

Es braucht nicht vieler Worte, um die vollkommene Analogie zu dem im vorigen Paragraphen Ausgeführten darzutun. *Die Terminologie der Sponsionsbürgschaft ist die genaue Parallele zu den Erscheinungen im Recht der Praedes.* Wie hier der Praes ursprünglich allein haftet und später der Hauptverpflichtete die Mithaftung in der Weise übernimmt, daß er genau in die gleiche Stellung tritt wie der Praes — idem Praes —, so spondiert hier zunächst nur der Bürge und erst später kommt das Mitspondieren des Hauptschuldners dazu.

---

von Haus aus, noch den Hauptschuldner bedeutet. L. selbst gibt zu, daß das zweifellos nicht der regelmäßige Sprachgebrauch ist; aber „ganz *verschwunden* (?) war der Gebrauch für den prinzipalen Schuldner *sicherlich* nicht und wenn es nach den Quellen doch diesen Anschein gewinnt, so ist es das Werk der auf diesem Gebiet ja so eifrig tätig gewesenen Kompilatoren". Wenn nur erst das Vorhandensein des „verschwundenen" Sprachgebrauchs als eines ursprünglichen nachgewiesen wäre: aber es besteht nicht die Spur davon. — Daß eine an die *fertige* Sponsion des Hauptschuldners sich anschließende Sponsion des Bürgen auf Idem dari spondes hätte novierend wirken müssen, wäre doch erst zu beweisen. Freilich kennen wir die Sponsionsformel nicht; aber daß 'Idem' eine Koexistenz andeutet und nicht eine Surrogation (wie das bekannte 'id quod Sejum dare oportet tu dare spondes'), ist eine Annahme der herrschenden Lehre, der keine inneren Bedenken entgegenstehen und die jedenfalls viel geringere Schwierigkeiten hervorruft, als alles was an ihre Stelle gesetzt werden kann. Absolut sicher ist jedenfalls, daß die Unitas actus zwischen Hauptschuld und Bürgschaft in späterer Zeit nicht mehr verlangt wird, wie die Straßburger Ulpianfragmente zeigen, wonach für ein und dieselbe Schuld der eine Sponsor in Italien, der andere in der Provinz beitreten kann; statt dies für ein Argument gegen die Novationswirkung einer Bürgschaftssponsio auf 'Idem' anzuerkennen, nimmt Levy an, die Novation sei hier nur dadurch ausgeschlossen gewesen, daß man den Bürgschaftscharakter gemäß der lex Cicereja „praedizierte". Wie das aber möglich war, wenn, wie Levy behauptet, das Wort 'Sponsor' ebensogut den Hauptschuldner bedeutete wie den Bürgen: d. h. wie man an der Praediktio 'Sponsorem te accipio' erkannte, daß der Versprechende 'Sponsor der Bürge' und nicht im Sinne einer Novation 'Sponsor der Hauptschuldner' werden sollte, gibt Levy nicht an. — Die Behandlung von Gai. 3, 178 — S. 88 — beruht auf mißverständlicher Auslegung dieser Stelle. — Ganz unglaublich ist m. E., daß der Begriff des Bürgen ursprünglich ein bloß sozialer war: namentlich da L. selbst annimmt, daß man für diese juristisch gar nicht zu fixierende Personenklasse besondere Ge-

Damit steht auch eine alte Definition des Aelius Gallus im Einklang, welche von jedem anderen Standpunkt aus unverständlich erscheint. Sie ist überliefert bei Festus v. Reus:

> Reus stipulando est idem, qui stipulator dicitur, quive suo nomine ab altero quid stipulatus est, non is qui alteri adstipulatus est. Reus promittendo est, qui suo nomine alteri quid promisit, quive pro altero quid promisit.

Es kann kaum Zufall sein, daß man auf der Gläubiger- und Schuldnerseite ganz verschiedene Terminologien handhabte: dort wird zwischen Haupt- und Nebengläubiger scharf unterschieden, hier deckt beide ein und dieselbe Bezeichnung — und diese Tatsache wird von einem so alten, dem Verdacht eines Mißverständnisses entrückten Gewährsmann wie Gallus nachdrücklich hervorgehoben. Damit steht es so.

Es wäre sehr begreiflich, daß, sobald das Spondieren des Hauptschuldners üblich geworden war, sich infolge-

---

setze gegeben hat (Furia und Appuleja), von denen die erstere die Haftung dieser „Korrealschuldner, die es eigentlich nicht sind", für eine unvererbliche erklärt. Nicht einmal ein modernes Gesetz würde der offenbar doch nur internen Frage, ob ein Korrealschuldner materiell beteiligt oder bloß Bürge ist, *dem Gläubiger gegenüber* irgendeine Bedeutung einräumen; wo käme man da hin? — Und nachdem endlich die lex Furia für die Bürgen, die es noch gar nicht gab, Rechtswohltaten geschaffen hatte, sah sich zum Schluß die lex Cicereja veranlaßt, den Bürgschaftsbegriff nun auch wirklich zu schaffen. Der Sinn, den L. in letzteres Gesetz hineinlegt, kann darin nur bei der Annahme gefunden werden, daß Gajus sich nicht auszudrücken wußte; denn daß das, was er danach sagen soll, mit ganz anderen Worten zu sagen war, liegt auf der Hand. Natürlich ist für Levy der Sinn unannehmbar, den man gewöhnlich der Vorschrift beilegt — nämlich daß jeder Bürge rechtzeitig erfahren soll, wie groß sein Virilteil der Haftung sein wird —; denn da L. eine wahre Korrealstipulation annimmt, hat jeder Bürge, *noch ehe* er antwortet, gehört, an wieviel Personen die Frage sich richtet, und wenn es weniger sind als er erwartet, sagt er eben nicht zu. Hält man aber die herrschende Auffassung fest, so kann es einem Bürgen, *nachdem* er bereits zugesagt hat, widerfahren, daß der Gläubiger mit weiterem Fragen innehält und so seine Haftung vergrößert; dagegen wird er durch die Anfechtungsmöglichkeit der lex Cicereja geschützt: denn daß lügenhaftes Praedicere *kein* Praedicere war, braucht nicht auseinandergesetzt zu werden.

dessen auch die Sitte ausgebildet hätte, den Unterschied zwischen ihm und dem Bürgen schon äußerlich hervortreten zu lassen. Darum hat es kein Bedenken, anzunehmen, daß man den Bürgen jetzt erst nach der mit dem Reus geschlossenen Sponsion durch ein 'Idem tu quoque dare spondes' beitreten ließ, wie das die herrschende Lehre auch als die klassische Form der Sponsionsverbürgung ansieht. In den Anfängen der Selbstbürgschaft aber mag das anders gewesen und die Zusage des Bürgen mit der des Hauptschuldners auf einer Stufe gestanden, d. h. eine korreale gewesen sein, also so, daß der Gläubiger an beide zusammen nur eine Frage richtete und sie diese, sei es unisono, sei es sukzessive beantworteten. Aus dieser Zeit mag die von Gallus Aelius geschilderte Terminologie herrühren.

Zu der Zeit, wo er selbst lebte, war vermutlich die Verwandlung des Bürgen aus einem korrealen in einen akzessorischen Schuldner schon eingetreten: denn die republikanischen Bürgschaftsgesetze, die etwa ins sechste Jahrhundert der Stadt fallen, setzen voraus, daß man den Sponsor vom Reus mit juristischer Präzision unterscheiden konnte (oben S. 127 [unten]) und das war bei Korrealschuldnern unmöglich. Indessen wird es dadurch keinesfalls unbegreiflich, daß Gallus Aelius noch die ursprüngliche Terminologie festhält. Denn diese war einmal da, und es ist keineswegs unerhört, daß die Sprache einen erstarrten Ausdruck weiterträgt, auch nachdem der Boden unter ihm geschwunden ist.

3. Der unter 2 nachgewiesene Parallelismus ist aber nicht der einzige, der zwischen Sponsion und Praedesstellung ein Band herstellt. Es kommt noch ein anderer hinzu, welcher mir sehr wesentlich erscheint und dieses ist die Form.

Über die Form der Praedesstellung berichtet Festus u. a.:

> Praes est is qui populo se obligat interrogaturque a magistratu si praes sit; ille respondet: Praes.

Aus diesem Bericht ersehen wir, daß der Praedesstellung für publizistische Kontrakte genau dieselbe Form für Frage und Antwort charakteristisch ist, welche die Sponsion aus-

zeichnet. Auch in diesem Punkt herrscht also Übereinstimmung.

Nun ist freilich eines zu bemerken: Der Sponsion ist eben das Stichwort Spondeo eigentümlich und dieses vermissen wir bei Festus.

Aber ein Argument gegen den Zusammenhang beider Institute ergibt dies nicht; denn es läßt sich die Frage aufwerfen, ob die von Festus mitgeteilte Frageformel die korrekteste ist. Wir wissen doch auch von der Stipulation, daß hier die bestimmten *Stichworte* für Frage und Antwort in der Kaiserzeit durchaus nebensächlich geworden sind; die Juristen heben hervor, daß jede Frage und korrespondierende Antwort genügt, also auch Dabis, Dabo? Facies? Faciam. Kann da das Referat eines Nichtjuristen, der die üblichen Formen des eiligen Geschäftsverkehrs wiedergibt — er sagt nicht einmal 'Praes sum', sondern bloß 'Praes', was gewiß nicht offiziell ist — einen Beweis bilden, daß bei der staatlichen Praedesstellung das Wort Spondeo von jeher und immer gefehlt hat? Übrigens mag es wohl sein, daß, wenn der *Magistrat* Praedes empfing, hier ein bestimmtes Stichwort vielleicht nie entwickelt worden oder doch schon sehr früh abgekommen ist, denn die weitgehende Formfreiheit des publizistischen Verkehrs ist bekannt.

Überhaupt aber wäre es zwecklos und hieße der Hypothese mehr zumuten als sie leisten kann, wenn man über den *Inhalt* der Frage an die Praedes und Vades Untersuchungen anstellen wollte. Für die *Hypothese* ist eben schon das eine Grundlage, daß in späterer Zeit das Spondeo in den gerichtlichen Kautionen sicher vorkommt und daß kein Umstand vorhanden ist, der entgegenstünde, ihm ein hohes Alter zuzuschreiben. Wie dann die Frage im einzelnen gelautet haben mochte, ob auf 'dari spondes' oder auf 'vadem te esse spondes', das alles wären törichte Fragen. Die Hauptsache bleibt eben die Idee, daß die Sponsio nicht, wie man heute wohl anzunehmen scheint, auf rätselhafte Weise der alten Praedesstellung substituiert worden ist, sondern daß sie in ihr in irgendeiner nicht näher zu ermittelnden Weise eingeschlossen war.

Und jedenfalls bleibt, wie gesagt, die eine Tatsache auch direkt nachweisbar, welche sehr auffallend ist, daß in der Form von Frage und Antwort die historische Sponsion und die Praedesstellung sich decken.

Auch kann vielleicht noch darauf hingewiesen werden, daß die Sponsion keine Zeugen erforderte. Sie teilt diese Eigentümlichkeit, welche sie von fast allen materiellrechtlichen Akten, nämlich von allen Gesta per aes et libram und der Eheschließung trennt, mit der In Iure Cessio. Diese ist ein gerichtlicher Akt, wo die Anwesenheit einer bestimmten Zeugenzahl durch die Intervention des Magistrats ersetzt wird. Es ist wohl möglich, daß der bei einem Formalakt wie die Sponsion immerhin seltsame Mangel der Solennitätszeugen mit ihrer gerichtlichen Herkunft zusammenhängt. Indessen gestehe ich, daß ich auf diesen Punkt wenig Gewicht lege.

4. Welchen Inhalt die Haftung der alten Praedes und Vades gehabt hat, darüber sind wir bekanntlich auf Vermutungen angewiesen. Man nimmt wohl, und mit bedeutender Wahrscheinlichkeit, an, daß diese Haftung eine pfandartige gewesen ist, indem der Praes bei Nichtzahlung in die Schuldknechtschaft fiel; man fügt hinzu, daß das Verfahren ein exekutives gewesen sein, d. h. ein vorgängiges Urteil gegen den Praes nicht zur Voraussetzung gehabt haben wird.[1])

Das ist alles wohl möglich und für die gerichtliche Wadiation an sich wahrscheinlich, während man für die außergerichtliche etwas bedenklicher sein wird. Aber wie immer dem sei, keinesfalls steht es dem genetischen Zusammenhang mit der späteren Sponsio entgegen, daß diese den exekutiven Charakter nirgends aufweist; er wird eben, soweit er überhaupt vorhanden war, abgestreift, d. h. ge-

---

[1]) So vor allem Mommsen a. a. O. (S. 120 A. 1), dem die Späteren jedoch darin wohl mit Recht widersprochen haben, daß er diese exekutive Haftung mit persönlicher Verknechtung noch in den Stadtrechten unmittelbar bestätigt findet. — Das noch in später Zeit vorkommende Vadimonium recuperatoribus suppositis (Gai. 4, 185) wird man kaum für einen Nachklang jener Exekutivhaftung ansehen dürfen; sonst wäre es nicht auf Ausnahmsfälle beschränkt.

setzlich abgeschafft worden sein. Letzteres muß mindestens für außergerichtliche Wadiationen schon ziemlich früh geschehen sein, wenn es, wie gesagt, bei ihnen überhaupt notwendig war; denn es ist nicht die leiseste Spur von einstiger Exekutivkraft der gewöhnlichen Stipulation vorhanden. Eher läßt sich fragen, ob nicht wenigstens die gerichtliche *Gestellungskaution* längere Zeit den Exekutivcharakter beibehalten hat; doch ist eine sichere Antwort auch hier kaum möglich.[1]) Und jedenfalls muß man sich hüten, diese Veränderung mit der lex Aebutia in Verbindung bringen zu wollen; obwohl Gellius 16, 10, 8 die Vades zu den Gegenständen zählt, die 'lege Aebutia lata' zur Ruhe bestattet worden sind, ist doch für jeden, der die Stelle im Zusammenhang liest, einleuchtend, daß er einen unmittelbaren Zusammenhang nicht behauptet, sondern nur meint, daß durch jenes Gesetz der modernen Rechtsentwicklung freiere Bahn geschafft und damit die 'duodecim tabularum antiquitas' erloschen ist. Zu dieser zählt der Jurist, den Gellius zitiert, auch die Vades, über welche die Zwölftafeln irgendeine Bestimmung gehabt haben mögen; mehr kann man aus dem wenig klaren Zitat nicht entnehmen.

Mit der Abschaffung der Exekutivkraft aber war die Umwandlung der Stellung des Vas in die des gewöhnlichen Stipulationsschuldners von selbst gegeben. Denn mußte gegen den Vas Klage erhoben werden, so war er von selbst in der Stellung, wie der spätere Sponsor: weniger als Personalexekution drohte ja auch diesem nicht.

---

[1]) Man kann *vielleicht* noch bei Plautus Spuren eines exekutiven Verfahrens gegen (offenbar als gerichtlich gestellt zu denkende) Vades finden wollen: Bacchides 2, 2 v. 2 sq.: 'ita me vadatum amore vinctumque attines'. — Epidic. 5, 2, 17 f.: Ep.: 'Nec tibi supplico. Vincire vis? hem, ostendo manus. Tu habes lora; ego te emere vidi. Quid nunc cessas? Colliga! Per.: Ilicet. Vadimonium ultro hic mihi facit.' Da die lex Vallia vielleicht in die zweite Hälfte des 6. Jahrh. gesetzt werden kann (vgl. Girard, Z. Sav.-St. 14, 42, dessen Argumente im einzelnen ich hiermit freilich nicht unterschrieben haben möchte), also ganz wohl jünger sein kann als der Epidicus, den man zirka 589, und die Bacchides, die man etwa auf 567 ansetzt, ist es nicht ausgeschlossen, daß erst mit diesem Gesetz die Gestellungsbürgschaft ihren exekutiven Charakter einbüßte.

Wenn sich in dieser Beziehung die Umwandlung der 'Wadiation' in die Stipulation leicht vollziehen konnte, ist schließlich noch die Frage nach dem Verhältnis mehrerer für dieselbe Haftung bestellter Vades zu erörtern. Hier wissen wir das eine, daß Solidarität der Haftung jedenfalls nicht *absolut* notwendig war; denn wie Livius zeigt, *konnten* im Strafprozeß mehrere Vades für die Kautionssumme so bestellt werden, daß jeder nur für einen Mannsteil haftete[1]), und damit hängt *vielleicht* auch das Institut der Subvades zusammen, dessen Gellius gedenkt.[2])

Natürlich liegt aber darin, daß bei den Vades Teilhaftung *möglich* ist, kein Widerspruch dagegen, daß die älteren Sponsoren bis auf das Furische Gesetz solidarisch haften können. Es ist zunächst zu bemerken, daß letzteres sicher nur *fakultativ* ist; denn daß die Sponsoren auch nur auf einen *Teil* der Hauptschuld verbindlich sein können, sagt Gajus ausdrücklich (3, 126). Es stand daher nichts im Wege, auch mehrere Sponsoren pro parte zu verpflichten. Und umgekehrt, es findet sich kein ausreichender Grund, die Möglichkeit solidarischer Wadiation in Abrede zu stellen. Es wird hier alles auf die Parteienverabredung angekommen sein.

5. Endlich noch ein Wort über die Vererblichkeit dieser Haftungen. Man wird geneigt sein, die Verpflichtung der Praedes und Vades wenigstens für die älteste Zeit von der Vererbung ebenso auszuschließen, wie es für jene der späteren Sponsores und Fidepromissores bezeugt ist.

Insbesondere ist nicht daran zu denken, daß letzteres erst auf einem erst später erlassenen Gesetz beruht. Wäre dies, so würde Gajus, der die die Bürgschaft betreffenden Gesetze mit großer Einläßlichkeit aufzählt, die Quelle nicht verschwiegen haben. Eben darum kann man auch an Herkunft der Regel aus den Zwölftafeln nicht denken.

Ist vielleicht in der Unvererblichkeit der Bürgenhaftung eine letzte Spur eines Rechtszustandes zu finden, in welchem *alle* Schulden unvererblich waren? Ja vielleicht die Kontraktsschulden nur denkbar waren als durch Geiselstellung

---

[1]) Liv. 3, 13, 6: 'Vades dari placuit; unum vadem MMM aeris obligaverunt.' — [2]) Gell. 16, 10, 8.

bekräftigte? Und aus welchem Zustand heraus sich erst allmählich die vererblich werdende Haftung des materiell Beteiligten von der unvererblich bleibenden seiner Geiseln differenzierte? Aber solche Verhältnisse müßten in der Urzeit liegen: gerade die Tatsache, daß Gajus die Zwölftafeln nicht als Quelle der bloß persönlichen Haftung des Bürgen heranzieht, beweist, daß dieser Punkt schon früher erledigt gewesen sein muß und widerlegt hiermit auch die Lehre Jener, welche die Haftung des Erben für die (nicht bürgschaftlichen) Nachlaßverbindlichkeiten gerade auf jenes Gesetz zurückführen.

V.

> 'At illa verborum obligatio' 'Dari Spondes? Spondeo' adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a Graeca voca figurata esse. Unde dicitur, uno casu hoc verbo peregrinum obligari posse veluti si imperator noster principem alicuius peregrini populi de pace interroget 'Pacem futuram spondes?'

So berichtet uns Gaius 3, 94, und auch in 3, 179 setzt er die völlige Nichtigkeit einer Stipulation, bei welcher ein Peregrinus das Wort Spondeo gebraucht, voraus.

Unter den vielen Tatsachen, welche mit dem sakralen Urprung der Stipulation unvereinbar sind, ist diese wohl eine der schwerwiegendsten; denn daß Gelöbnisse bei den Göttern auch für den Peregrinen verbindlich sind, ist ja selbstverständlich und wird von Gajus gerade für den Fall des Friedensschlusses offenbar vorausgesetzt; denn bei diesem ist sakrale Bekräftigung üblich. Letzteres zeigt auch, daß für das Wort Spondeo nicht etwa bloß römische Götter empfänglich sind, abgesehen davon, daß diese Erklärung schon an sich kaum glaubwürdig erscheinen dürfte.

Und wäre sie es selbst! Auch dann noch bleibt die Erscheinung von diesem Standpunkt aus im höchsten Maß unbegreiflich. Denn es ist doch selbstverständlich, daß, auch wer an jene Eide oder Trankopfer glaubt, dieselben in die dunkle Vorzeit zurückverlegen und annehmen muß, daß die Abstreifung dieses religiösen Charakters und Verweltlichung

der Sponsion schon sehr frühe erfolgt sein muß. Dann aber fragt es sich, warum das so neutralisierte Wort Spondeo den Nichtbürgern fürderhin unzugänglich geblieben ist. Soll man wirklich annehmen, daß eine dunkle Erinnerung aus jener Urzeit bis in die Tage des Gajus fortgelebt und es bewirkt hat, daß jenes Wort im Munde der Peregrinen zu Gift wurde? Ich weiß wohl, daß manche Gelehrte auch heute noch gewissen lateinischen Worten eine geheimnisvolle Kraft beimessen und trotz meinen Ausführungen über das Nexum noch immer geneigt sind, dem Damnas esto der bekannten, das heißt von Huschke erfundenen Formel des Nexumdarlehns und der allerdings bezeugten Formel des Damnationslegats eine für moderne Gemüter vielleicht etwas unverständliche Macht zuzuschreiben; indessen selbst diese Schriftsteller begnügen sich doch, diesen Zustand auf eine sehr alte Zeit zurückzudatieren. Aber wer wird denn ernstlich glauben, daß noch die Juristen der Kaiserzeit solchen atavistischen Vorstellungen bezüglich des Wortes Spondeo gefolgt wären, über dessen Herleitung noch dazu verschiedene Ansichten kursierten? Es wird wohl niemand die Möglichkeit solcher Erklärung ernstlich behaupten.[1])

Die Restriktion des Wortes Spondeo auf den Bürgerkreis muß einen äußeren Anhaltspunkt gehabt haben. Denn vollkommen unerklärlich ist es, daß, während alle anderen Stichworte internationale Geltung haben, für ein einzelnes diese Anerkennung bloß um seiner selbst willen abgelehnt wurde. Es muß eine bestimmte Quelle gegeben haben,

[1]) Insbesondere kann eine Erinnerung an sakrale Kraft des Spondere auch nicht darin gefunden werden, daß an einzelnen Stellen diesem eine größere Bedeutung beigelegt erscheint als dem einfachen Promittere: Seneca ep. 19: Iam non promittunt de te, sed spondent; Cic. Phil. 5, 18, 51: Promitto, recipio, spondeo (Klimax). Auch Horaz Sat. 1, 3, 95 stellt das Negare sponsum mit dem furtum facere und prodere commissa fidei (Veruntreuung eines Depositum) auf eine Linie. Hiervon erklärt sich die erste Stelle aus dem privilegierten Regreß des Sponsionsbürgen: er hat die a° in duplum, der Fidepromissor nicht, und derselbe Gedanke liegt wohl auch in der zweiten. Die dritte zielt auf die Sukkumbenzstrafe der a° certae cred. pec., die freilich auch beim Promissum Platz greift: diese Strafe entspricht der Strafe des Duplum beim Furtum und Depositum in turba datum. — Unklares bei Karlowa, RG. 2, 703.

welcher diese eigentümliche Formalisierung des 'Spondeo' entstammt.

Wie wenn diese Quelle im Prozeß gelegen sein sollte?

Im vorhergehenden ist angenommen, daß die prozessualischen Kautionen durch Geiseln gestellt wurden, welche, sei es nun von Anfang an oder in einem späteren Stadium, ihre Haftung mit dem Stichwort Spondeo übernahmen; daß ferner in einem weiteren Entwicklungsstadium auch die Prozeßpartei selbst durch ihr eigenes Spondeo mitkavierte.

Natürlich ist nun diese Kautionsstellung als auf den Bürgerprozeß bezüglich gedacht, also den Legisaktionsprozeß (und das spätere Iudicium legitimum). Infolgedessen ist aber der Nichtbürger von der Anteilnahme an *diesem* Institut — d. h. an dem Institut in der eben bezeichneten *konkreten Anwendung* (vgl. unten, VI) — ausgeschlossen. Das ist absolut sicher, wenigstens für alle diejenigen, welche nicht etwa glauben, daß schon der alte Zivilprozeß für den Gegensatz von Bürgern und Nichtbürgern so unempfindlich gewesen sein sollte, um beiden ohne weiteres dieselben Prozeßarten zugänglich zu machen. Wer der m. E. allein richtigen Ansicht folgt, wonach die Teilnahme am Zivilprozeß nur ein getreuer Ausdruck der persönlichen Rechtsfähigkeit ist, kommt von selbst dazu, daß dieselbe durch den Besitz der bezüglichen Rechtsfähigkeit absolut bedingt ist. Nach dieser Anschauung kann aber der Nichtbürger im Bürgerprozeß nicht einmal als Kaution gestellt werden. Dies folgt in Konsequenz des Obigen daraus, daß die prozessuale Pflicht, zu deren Gunsten die Kaution gestellt wird, nur innerhalb des Bürgerkreises besteht: wie könnte ein peregrinischer Praes haftbar gemacht werden für Erfüllung einer Prozeßnorm, die ihm gegenüber gar nicht vorhanden ist?

Wie aber, wenn er doch gestellt würde?

Dann bringt eben das Wesen des alten Prozesses es mit sich, daß diese Verbürgung nichtig ist. Diese Annahme, welche zwar äußerlich durch kein mir bekanntes Zeugnis gestützt wird, glaube ich doch mit großer Beruhigung aussprechen zu können; sie folgt aus der ganzen Anlage des alten römischen Rechts. An einem rein bürgerlichen Rechts-

verhältnis kann ein Nichtbürger sich nicht giltig beteiligen, und so gut das Testament nichtig ist, wenn auch nur einer der Solennitätszeugen Peregrinus ist, so gut muß jede im Bürgerprozeß von einem Nichtbürger als Bürge geleistete Kaution schlechthin nichtig gewesen sein.[1])

VI.

Natürlich aber waren dadurch Prozeßkautionen zwischen Römern und Peregrinen nicht schlechthin ausgeschlossen. Das Gebiet, wo sie vorkamen, war der Fremdenprozeß. Im Internationalprozeß müssen die Nichtbürger den Bürgern und umgekehrt ähnliche Kautionen gestellt haben, wie sie im Bürgerprozeß üblich waren. Dieser Kautionen waren sie fähig und sie waren für sie verbindlich, beides deshalb, weil der so begründete Prozeß auf einem Rechtsschutzvertrag beruhte, den ihr eigener Heimatsstaat mit Rom geschlossen hatte.

In welcher Form wurden diese Kautionen gestellt?

Die Frage ist leicht aus allgemeinen Erwägungen zu beantworten, wenn man bedenkt, daß der Fremdenverkehr der älteren Zeit doch ganz vorwiegend sich auf die Latiner und sonstigen italischen Stammesgenossen bezog. Aller Wahrscheinlichkeit nach galt bei diesen ein dem römischen im wesentlichen gleichartiges Recht: die Stellung von Praedes und Vades wird nichts den Römern Eigentümliches, sondern nur eine Teilerscheinung des allgemeinen italischen Stammesrechts darstellen (vgl. unten, VII).

Folglich wird auch im Internationalprozeß Praedesstellung vorgekommen sein und es wird sich auch hier im Lauf der Zeit die Selbstbürgschaft der Prozeßpartei entwickelt haben.[2])

Und diese Annahme erklärt zunächst die Erscheinung, daß die Stipulation, obwohl formeller Kontrakt, im Gegensatz zu allen übrigen Formalkontrakten, welche bekanntlich den streng zivilen Charakter beibehalten haben, schon in früher Zeit als Bestandteil des Ius gentium erscheint.

---

[1]) Damit hängt wohl auch zusammen, daß die Bürgschaft überhaupt als *civile* officium gilt; Ulp. D. 50, 17, 2 pr. — [2]) Die Gleichartigkeit der Haftung des Hauptschuldners und Bürgen tritt auch hier darin hervor, daß der Terminus fide promittere nicht weniger für den Hauptschuldner als für den Bürgen vorkommt. Vgl. Girtanner, Stipulation 141 A. 125 u. a.; jetzt besonders Levy a. a. O. 9 f.

Was die *Form* dieser Kautionsstellung betrifft, so nehme ich an, daß Frage und Antwort auch hier typisch waren, das Stichwort aber — etwa auf 'fide mea promitto' lautend — muß sicher ein anderes gewesen sein als im Bürgerprozeß.[1]) Das wird eigentlich durch die oben zitierte Äußerung des Gajus voll bewiesen; denn sie zeigt ja, daß noch in der Kaiserzeit die Nichtbürger mit Spondeo nicht kavieren konnten. *Man würde nun, vom Standpunkt der hier vorgeschlagenen Hypothese, bloß das Kausalverhältnis beider Erscheinungen umzukehren brauchen.* Nicht *darum* kaviert der Nichtbürger im Internationalprozeß mit Promitto u. ä., weil ihm das Wort Spondeo aus innern Gründen verboten ist, sondern: *Weil* es von altersher üblich ist, daß im Internationalprozeß mit Promitto und im Bürgerprozeß mit Spondeo gebürgt wird, *darum* ist das letzte das richtige Wort nur für Bürger.

Natürlich kann eine bestimmte Erklärung dafür, warum gerade dieses und jenes Wort gewählt worden ist, nicht gegeben werden: auf das Wort kommt es aber hier auch gar nicht an, sondern nur darauf, ob die Differenz der Worte sich erklären läßt. In dieser Beziehung dürfte es aber einige Wahrscheinlichkeit haben, anzunehmen, daß man die Kaution in beiden Prozessen schon äußerlich verschieden zu gestalten trachtete. Solche Unterscheidung der Rechtsformen nach den Personenklassen ist im römischen Recht wohl auch

[1]) Das bekannte 'fide promitto' mag mit einem Handschlag zusammenhängen. Vgl. statt aller P. Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis 308, der auch für die Analogie des deutschen Handgelöbnisses reiches Material beibringt. Für altarisch wird die Handreichung erklärt bei Leist, Altarisches Ius civ. 1, 57 und 447. [Die Bestreitung der Etymologie durch Göppert, Z. RG. 4, 267 A. 15 scheint mir belanglos.] — Dagegen halte ich es für ganz ungesund, wenn man in der Anrufung der Fides ein rechtserzeugendes Prinzip sieht, womit namentlich Pernice (Lab. 1, 408 f. und sonst oft) operiert. Die Treue ist keine selbständig bindende Kraft, sondern nur die Abstraktion und das Schlagwort dafür, daß das Volksempfinden das Versprochene als bindend betrachtet. — Auf etymologische Untersuchungen über die Herkunft des Wortes Stipulatio, wie sie neuerlich von Schloßmann und Huvelin gepflogen worden sind, trete ich nicht ein; eine etymologische Deutung des Namens läßt sich natürlich auch von meinem Standpunkt leicht finden, bringt aber weiter keine Förderung.

sonst vorgekommen; nimmt man nicht auch an, daß die Konfarreationsehe ausgebildet worden ist, um die patrizische Ehe von der plebejischen auch äußerlich zu unterscheiden? Vielleicht war übrigens die Unterscheidung auch eine mehr zufällige, indem in Rom das Spondeo, bei andern latinischen und italischen Städten mehr das Promitto üblich war und in den internationalen Rechtsschutzverträgen das letztere für das Schema der Kautionen vorgeschrieben wurde — nicht darauf kommt es, wie gesagt, an, den Inhalt der Unterscheidung zu begründen, sondern eine Erklärung dafür zu finden, daß sie sich dauernd erhalten hat.

Diese letztere wäre aber allerdings mit der vorstehenden Hypothese gegeben. Die Kaution des Nichtbürgers im römischen Prozeß ist nach dem Obigen unzulässig; folglich war er, insofern die Stipulation auf dem Gebiet des Prozesses in Betracht kam, vom Wort Spondeo schlechthin ausgeschlossen. Nun wäre es freilich denkbar, daß, insofern man, und wohl schon früh, anfing, die Sponsion auch außer dem Prozeß zu gebrauchen, der Peregrinus wenigstens des außerprozessualen Spondeo fähig geworden wäre. Es ist aber immerhin glaublich, daß man dies mit Rücksicht auf das prozessuale Schema abgelehnt hat, und wenn man die weitreichende Verwendung bedenkt, welche die Prozeßkautionen während der gesamten Kaiserzeit behalten haben, wird man es keinen bloßen Atavismus nennen dürfen, daß dieser Rechtssatz sich fortwährend aufrechterhielt. Seine prozessualische Quelle strömte immerzu.

VII.

Im vorigen Abschnitt war vorausgesetzt, daß die Fidepromissio ein bei den italischen Städten verbreitetes Institut gewesen ist. Da diese Behauptung vielleicht willkürlich gefunden werden möchte, mögen die Erwägungen angeführt werden, auf welche ich diese Behauptung stütze.

Bei der Darstellung der Unvererblichkeit der Sponsions- und Fidepromissionshaftung teilt uns Gajus 3, 120 mit:

> Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus et alio iure civitas eius utatur.

Nun sind mit den 'peregrini fidepromissores' unzweifelhaft nicht Griechen oder Gallier gemeint; denn diesen ist das eigentümliche Institut des Verbalkontrakts, zu dem die Fidepromissio gehört (s. unten), überhaupt fremd; sie haben keine Rechtssätze über die Fidepromissio produziert. Gemeint sind vielmehr lediglich die latinischen Kolonien; denn die Italiker hatten ja alle das römische Bürgerrecht erlangt. Gajus verwendet also hier, wie es auch sonst nachweislich ist (1, 79) Peregrinus im Sinne von Latinus.

Es wird also die Möglichkeit vorausgesetzt, daß latinische Kolonialstatute die Fidepromissio als vererblich behandelten. Nun ist es freilich richtig, daß Gajus dies nicht als positive Tatsache hinstellt, und es wäre darum denkbar, daß er direkte Anhaltspunkte dafür nicht parat hatte. Aber auch dann noch bleibt es sehr zu beachten, daß Gajus sich die Fidepromissio als Gegenstand der kolonialen Gesetzgebung vorstellt. Da den latinischen Kolonien ihr Recht, wie ich an andrem Orte zeigen werde, fast sicher nicht nach dem Muster der stadtrömischen Gesetzgebung, sondern nach jenem der latinischen Städte geordnet worden ist, so deutet jener Hinweis indirekt darauf, daß die Fidepromissio schon in den älteren latinischen Statuten zu Hause war.

War aber das, dann muß man per consequentiam annehmen, daß auch das ganze Stipulationsrecht in Italien ebenso heimisch war wie in Rom. Denn die Fidepromissio ist ja nur ein Unterfall der Stipulation, und in dem Satz, daß auch die Fidepromissores wie die Sponsores 'nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum' (Gai. 3, 119), zeigt sich deutlich, daß ihr die Formalstrenge des Verbalkontrakts und das Gesetz der formalen Korrespondenz zwischen dem Versprechen des Hauptschuldners und des Bürgen inhäriert. Dieser ganze Formalismus ist danach den Latinern und wohl auch den Italikern ebenso homogen wie den Römern, sonst hätten sie am Institut der Fidepromissio nicht teilnehmen können.

Daraus ergibt sich die weitere Perspektive, daß auch bei ihnen die gleiche Entwicklung der Stipulation aus prozessualischen Kautionen heraus stattgefunden haben möchte, wie bei den Römern. Und das alles macht nun die frühzeitige Denationalisierung der Stipulation sehr begreiflich.

IX.

Zur Verdeutlichung möge das in allem Vorstehenden Ausgeführte nochmals zusammengefaßt werden.

Meine Vermutung geht dahin, daß die Sponsio-Stipulatio aus prozessualischen Kautionen hervorgewachsen ist. Dabei unterscheide ich zwischen der spezifisch römischen Entwicklung, welche die Sponsio erzeugt hat, und der parallelen allgemein latinisch-italischen, welche in der Fidepromissio zum Ausdruck kommt. An dieser nehmen die Römer natürlich teil.

Die Tatsachen, welche auf die bezeichnete Herkunft der Sponsio deuten, sind folgende:

1. Sponsor heißt technisch der Bürge; es ist unverständlich, daß die Tätigkeit des Spondierens hiermit in erster Linie diesem zugeschrieben wird, wenn sie nicht ursprünglich von ihm allein vorgenommen wurde. Der Hauptschuldner wird erst später mitspondiert haben.

Die gleiche Erscheinung ist aber für die Praedes des öffentlichen Rechts und Prozesses charakteristisch; dies spricht dafür, daß zwischen Sponsor und Praes Verwandtschaft besteht, d. h. das erstere Institut durch Umbildung aus dem letzteren hervorgegangen ist.

2. Mit dieser Verwandtschaft hängt es wohl zusammen, daß die Terminskautionen des klassischen Rechts Vadimonia heißen, wobei anzunehmen ist, daß die Vades des alten Rechts mit den Praedes wesensgleich sind.

3. Unterstützend kommt hinzu, daß die nachweisbare Form der Praedesstellung an den Magistrat — Frage und Antwort — mit der gleichen Form der Sponsion zusammenfällt.

4. Die Sponsio ist Kautionsmittel bloß im Bürgerprozeß, daher die in dieser Form erfolgte Kaution eines Nichtbürgers nichtig ist. Dieser Umstand bietet vielleicht eine Erklärung dafür, daß auch in der außerprozessualischen Stipulation das Wort Spondeo dem Nichtbürger unzugänglich ist.

5. Eine der römischen entsprechende Entwicklung dürfte bei allen Italikern stattgehabt und im weiteren Verlauf die Fidepromissio erzeugt haben. Dieselbe dürfte in Rom als Parallelform der Sponsion, welche dem Bürgerprozeß vorbehalten blieb, im Internationalprozeß verwendet worden sein.

Die einzelnen Phasen solcher Prozesse bestimmen zu wollen, kann natürlich niemandem beifallen; wenn die Aufstellung von Hypothesen als verzeihlich gelten mag, so ist es doch ein bedenkliches Unterfangen, durch Angabe fester Zeitgrenzen ihnen den Schein größerer historischer Bestimmtheit geben zu wollen, als sie vertragen. Nur so viel läßt sich sagen, daß zur Zeit, wo der dingliche Sponsionsprozeß eingeführt wurde, mindestens die Selbstbürgschaft und jedenfalls auch der Name der Stipulation entwickelt gewesen sein muß. Immerhin liegt daher der Prozeß in ziemlich frühen Zeiten.

Wie sehr es gewagt ist, in solchen Dingen Vermutungen aufzustellen, fühle ich selbst und habe darum mit der Veröffentlichung der gegenwärtigen sehr lange gezögert (S. 109 A. 1). Aber wer es unternommen hat, die Geschichte des römischen Privatrechts im ganzen darzustellen, wird notwendig dazu geführt, sich auch über diese Dinge eine Meinung bilden zu müssen und sich ein Bild zu entwerfen von den Ausgangspunkten des Obligationenrechts. Das hier wenigstens für ein Stück Entworfene ist um nichts gewagter als jene andere Hypothese, die ich ablehne und es ist in meinen Augen auch kein Fehler, daß es mit verwandten Bildern, welche die Geschichte bei andern Völkern mit voller Sicherheit bietet, die gleichen Züge trägt.

Zum Recht der Eheanfechtung.

Von

Ernst Zitelmann.

ine Ehe ist anfechtbar; die anfechtungsberechtigte Frau erhebt innerhalb der durch BGB. § 1339 bestimmten Frist von sechs Monaten die Anfechtungsklage, der beklagte Ehemann macht die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts: er habe seinen Wohnsitz nicht mehr am Ort der Klage. Nach erfolgter Beweisaufnahme hierüber weist das Gericht die Klägerin wegen Unzuständigkeit ab; zur Zeit des Urteils ist die Frist von sechs Monaten abgelaufen. Kann nun — das ist die Frage — trotz diesem Fristablauf vor einem andern, dem zuständigen, Gericht die Nichtigkeitserklärung durch Klage noch erwirkt werden, oder ist die Ehe jetzt unanfechtbar gültig?

Die Frage ist praktisch nicht unwichtig. Denn es lassen sich Fälle genug denken, wo der Wohnsitz des Anfechtungsgegners unsicher und zweifelhaft ist, sodaß der Anfechtungskläger, auch ohne daß ihm der Vorwurf mangelnder Sorgfalt gemacht werden dürfte, leicht dazu kommen kann, bei einem Gericht zu klagen, das sich nachher als unzuständig erweist. So kann ja, wenn die Frau anfechtungsberechtigt ist, der Ehemann das höchste Interesse daran haben, die Anfechtung zu verhindern, und mag zu diesem Zwecke versuchen, die Tatsachen, welche für seinen Wohnsitz entscheidend sind, zu verdunkeln. Gerade das zeigt auch, daß die Entscheidung für die Gültigkeit der Ehe ungerecht wäre; ja man wird sagen dürfen: unmöglich kann es der Wille des Gesetzes sein, den anfechtungsberechtigten Ehegatten in solchem Falle durch Verlust des Anfechtungsrechtes unschuldig leiden zu lassen.

Eine erhöhte Bedeutung gewinnt die Frage dadurch, daß sie in entsprechender Gestalt auch bei der Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes (§ 1596) und bei der Anfechtung der Ehelichkeitsanerkennung (§ 1599), sowie in einer

ganzen Reihe weiterer Fälle auftritt, wo durch Erhebung einer Klage die Aufhebung oder Änderung eines bestimmten Rechtsverhältnisses herbeigeführt werden soll. Doch davon soll erst am Schlusse die Rede sein; zunächst sei die Untersuchung auf die Eheanfechtung beschränkt.

I.

Die Grundlage der Antwort muß aus BGB. § 1341 und 1343 entnommen werden. § 1341 Abs. 1: „Die Anfechtung erfolgt, solange nicht die Ehe aufgelöst ist, durch Erhebung der Anfechtungsklage." Abs. 2: „Wird die Klage zurückgenommen, so ist die Anfechtung als nicht erfolgt anzusehen. Das Gleiche gilt, wenn die angefochtene Ehe, bevor sie für nichtig erklärt oder aufgelöst worden ist, nach Maßgabe des § 1337 genehmigt oder bestätigt wird." § 1343 Abs. 1 Satz 1: „Wird eine anfechtbare Ehe angefochten, so ist sie als von Anfang an nichtig anzusehen." Abs. 2: „Die Nichtigkeit einer anfechtbaren Ehe, die im Wege der Klage angefochten worden ist, kann, solange nicht die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, nicht anderweit geltend gemacht werden." Fast gleichlautend ist die für die beiden andern genannten Anfechtungsfälle maßgebende Bestimmung des § 1596.

Hiernach hat die Erhebung der Anfechtungsklage einen doppelten Charakter: sie ist einmal der privatrechtsgeschäftliche Akt der Anfechtung und zweitens der prozessuale Akt der Klagerhebung behufs Herbeiführung eines die Nichtigkeitserklärung enthaltenden Urteils. Daß eine Klagerhebung zugleich auch eine privatrechtsgeschäftliche Willenserklärung in sich schließen kann, steht außer Zweifel; liegt doch z. B. in der Erhebung einer Klage auf Leistung zugleich eine Mahnung. Das Besondere bei der Eheanfechtung ist aber dies, daß sie — abgesehen von dem Falle des § 1342, wo sie durch öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht geschehen muß — lediglich in Form der Klagerhebung erfolgen kann: entgegen der allgemeinen Regel des BGB. § 142 Abs. 1, der zufolge die Anfechtung von Rechtsgeschäften einer Form nicht bedarf, ist gerade die Eheanfechtung ihrer schwerwiegenden Folgen halber

formalisiert. Während also dort die Mahnung zwar in Form der Klage geschehen kann, aber nicht zu geschehen braucht, und es darum leicht fällt, sie ganz getrennt von ihr zu denken, *muß* hier die Anfechtung in Form der Klage erfolgen — die Schwierigkeit der ganzen Frage beruht in dieser Verquickung einer prozeßrechtlichen mit einer materiellrechtlichen Einrichtung. Aber auch das hat sein Analogon in einem andern Fall. Auch der Akt des Gläubigers, durch den er eine Unterbrechung der Anspruchsverjährung herbeiführen will, oder der Akt des Eigentümers, durch den er die Ersitzung unterbrechen will, ist ebenso formalisiert: er kann nach BGB. § 209 und 941 nur durch Klagerhebung (und gewisse gleichgestellte Akte) erfolgen; die Klagerhebung hat also auch hier einen doppelten Charakter, einmal den rein prozessualen, daß durch sie der Rechtsstreit in Gang gebracht werden soll, und zweitens den materiellrechtlichen, daß sie eine Unterbrechung der Verjährung herbeiführen soll. Ob im übrigen die Analogie völlig paßt, ob die Klagerhebung deshalb, weil durch sie die Verjährung unterbrochen wird, wirklich immer als privatrechtliches Geschäft bezeichnet werden darf, das mag hier dahingestellt bleiben: die Gleichheit besteht nur darin, daß, *wenn* der Gläubiger die Unterbrechung herbeiführen will, er das nur in Form der Klagerhebung tun kann; ebenso ist nun auch die Eheanfechtung nur in Form der Klage möglich. Ich kann also formulieren: die Erhebung der Eheanfechtungsklage ist zugleich ein rein prozessualer Akt und ein auf Herbeiführung einer materiellrechtlichen Wirkung gerichteter rechtsgeschäftlicher Formakt — soweit ist die Rechtslage unstreitig.

Jeder privatrechtliche Akt wirkt — das ist ja schließlich nur ein Wiederholungsurteil — in dem Augenblick, wo der ganze erforderliche Tatbestand vollendet ist. Daß die Wirkung der Verjährungsunterbrechung lediglich an die Erhebung der Klage geknüpft ist, das bezweifelt niemand: diese Wirkung tritt daher auch zeitlich in dem Augenblick ein, wo die Klage erhoben ist. Das aber ist nun gerade die Frage: wie verhält es sich mit der Anfechtung? tritt ihre Wirkung ebenfalls sofort mit der Klagerhebung ein, oder ist dazu erst noch Rechtskraft des Urteils nötig?

Das Eheanfechtungsrecht gehört zu der großen Gruppe der Rechte des rechtlichen Könnens, der Kannrechte — einer erneuten Verteidigung dieses Begriffes[1]) halte ich mich auch gegenüber einer Beanstandung aus jüngster Zeit wenigstens an dieser Stelle für überhoben, nachdem er theoretisch bereits von so vielen anerkannt und angenommen, nachdem durch Seckel — dessen „Gestaltungsrechte" ja im wesentlichen die gleiche, nur anders benannte Rechtsgruppe sind — der feinere dogmatische Ausbau der Lehre mit Erfolg begonnen, nachdem in den mannigfachsten praktischen Einzelanwendungen des bürgerlichen und öffentlichen Rechts — ich erwähne hier nur Hellwigs prozessuale Arbeiten — der neue Begriff als leistungsfähig, ja ganz unentbehrlich erprobt ist. Und zwar ist das Anfechtungsrecht eines der vielen Kannrechte, die auf Beseitigung einer Rechtswirkung gehen, näher auf Beseitigung mit rückwirkender Kraft, nicht bloß, wie z. B. das Kündigungsrecht, für die Zukunft. Ihrer Ausübbarkeit nach teilen sich, was von vornherein erkannt wurde[2]), alle diese Rechte in zwei Arten: teils können sie nur durch prozessuale Erklärung, insbesondere im Wege der Klage ausgeübt werden, teils durch eine Erklärung, die auch außerhalb des Prozesses erfolgen kann oder gar erfolgen muß. Bei der ersteren Art von Rechten ist nun die Rolle zweifelhaft, die das Urteil spielt. Sicher wieder: in einer großen, der weitaus größten Reihe von Fällen tritt die Wirkung erst mit dem Urteil ein; das Urteil ist dann die unmittelbare, die Klage nur die mittelbare Ursache der schließlichen Rechtswirkung. Daß es sich trotz dieser Mittelbarkeit der Wirkung bei der Klagerhebung um die Ausübung eines Rechts des rechtlichen Könnens handelt, scheint mir nicht zweifelhaft: die Rechtsmacht des Berechtigten besteht eben darin, nicht bloß, daß er das Verfahren herbeiführen kann — das ist ein publizistisches, jedem zustehendes Recht —, sondern daß er in der besonderen Rechtslage ist, durch seine Klage — sachgemäßes Verfahren, gelingenden Tatsachenbeweis und normale eigene Beteiligung vorausgesetzt — das konstitutiv wirkende Urteil und damit die bezweckte Rechtsänderung herbeiführen zu können.

Wie steht es nun in dieser Beziehung mit dem Rechte der Eheanfechtung? Bedarf es auch hier erst noch des rechtskräftigen Urteils, damit die Anfechtung wirke, oder tritt die Wirkung bereits ohne das Urteil mit der Klagerhebung selbst ein? Davon hängt, wie sich zeigen wird, die Entscheidung der an die Spitze gestellten praktischen Frage ab. Auf dem Standpunkt, daß die Anfechtung bereits mit der Klagerhebung wirkt, stehen bereits die Motive Bd. IV S. 85. Sie betonen die doppelte Bedeutung, welche die Erhebung der Anfechtungsklage habe: „Einerseits bildet sie den Anfechtungsakt und hat insofern einen rechtsgeschäftlichen Charakter. Als Anfechtungsakt bewirkt sie, daß die Ehe materiell rückwärtshin vernichtet wird. Andererseits hat die Anfechtungsklage insofern die Natur einer Feststellungsklage, als in dem durch ihre Erhebung anhängig gewordenen Rechtsstreite festgestellt werden soll, ob die Anfechtung begründet war oder nicht". Ebenso die Denkschrift (S. 165 der amtlichen Ausgabe), und fast die gesamte Theorie ist dem ohne Bedenken gefolgt. Den anderen Standpunkt, daß die Anfechtungswirkung erst mit dem Urteil eintrete, nimmt nach Langheinekens Vorgang besonders Hellwig ein.[3]) Indes scheint mir, dem vorhandenen Gesetz gegenüber, der erste Standpunkt allein haltbar zu sein.

Zunächst der Wortlaut des § 1341. Es heißt hier, die Anfechtung „erfolge" durch Erhebung der Klage, genau so wie es im Fall des § 1342 (vgl. auch § 143 Abs. 1) heißt, sie „erfolge" durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht. In diesem letzteren Fall tritt die Wirkung zweifellos schon mit der Erklärung (genauer mit dem Zugehen der Erklärung bei der Behörde) ein, daraus würde zu schließen sein, daß sie auch im ersteren Falle bereits mit der Erhebung der Klage eintrete. Diese Ausdrucksweise des Gesetzes allein wäre freilich noch nicht entscheidend. Denn auch bei der Anfechtung des Erbschaftserwerbs wegen Erbunwürdigkeit heißt es im § 2342 Abs. 1: „Die Anfechtung erfolgt durch Erhebung der Anfechtungsklage", und doch fügt hier Abs. 2 hinzu: „Die Wirkung der Anfechtung tritt erst mit der Rechtskraft des Urteils ein." Indessen gerade diese Vergleichung mit § 2342 beweist, daß bei der Eheanfechtung

die Wirkung bereits mit der Klagerhebung selbst eintritt; denn hier fehlt eben jener Zusatz, wonach die Wirkung erst mit der Rechtskraft des Urteils eintreten soll, es muß also bei der Regel bleiben, der zufolge jedes Rechtsgeschäft seine Wirkung sofort hat. Ferner: § 1343 Abs. 1 sagt ausdrücklich: „Wird eine anfechtbare Ehe *angefochten*, so ist sie als von Anfang an nichtig anzusehen", während es bei der Anfechtung des Erbschaftserwerbs in § 2344 heißt: „Ist ein Erbe für erbunwürdig *erklärt*, so gilt der Anfall an ihn als nicht erfolgt"; hier also bedarf es erst noch dieser Erklärung durch das Gericht, dort wirkt schon die Anfechtung allein: diese Verschiedenheit tritt in der Formgebung ja völlig deutlich zutage. Wie läßt sich weiter bei der gegnerischen Ansicht erklären, daß § 1341 ausdrücklich sagt: „Wird die Klage zurückgenommen, so ist die Anfechtung als nicht erfolgt anzusehen"? Wenn die Anfechtung wirklich erst mit dem Urteil wirkte, so könnte ja selbstverständlich bei Rücknahme der Klage auch von einer Anfechtungswirkung keine Rede sein, aber nicht deshalb, weil die Anfechtung als nicht erfolgt anzusehen wäre, sondern weil das Urteil fehlte! Der Satz, die Anfechtung werde als nicht erfolgt angesehen, wäre nicht bloß überflüssig, sondern, da ja die Klagerhebung für sich noch ganz bedeutungslos ist, unrichtig. Bei den Rechtssätzen über Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit fehlt denn auch begreiflicherweise ein solcher Satz. Der letzte Zweifel endlich wird dadurch ausgeschlossen, daß § 1343 Abs. 2 selbst ausdrücklich die durch Klagerhebung angefochtene Ehe, auch schon bevor sie für nichtig erklärt ist, als *nichtige Ehe* und damit das Nichtigwerden der Ehe als Wirkung der Klagerhebung bezeichnet. Hellwig kann sich hiergegen nicht anders wehren, als indem er sagt, es liegt eine „Inkorrektheit des Ausdrucks" vor.[4]) Aber wie wäre eine solche hier denkbar, wo ja offenbar — worüber schon die Erklärungen der Motive und der Denkschrift keinen Zweifel lassen — jedes Wort aufs genaueste überlegt ist? Ich verschweige freilich nicht, daß die ZPO. sich anders ausdrückt. § 152 ZPO. sagt: „Hängt die Entscheidung eines Rechtsstreits davon ab, ob eine im Wege der Anfechtungsklage angefochtene Ehe anfechtbar ist" usw.,

während es heißen sollte, „anfechtbar *war*", oder „*nichtig* ist". Aber es ist doch kaum möglich, zu bezweifeln, daß hier nur ein Versehen vorliegt: nicht im BGB., sondern *hier* ist der Ausdruck unrichtig. Das beweist sich durch die Vergleichung mit der entsprechenden Bestimmung über die Ehelichkeit. Die Ehelichkeit ist nach der Vorstellung des BGB. ein Rechtsverhältnis zwischen Kind und Vater, welches durch die Tatsache der Geburt in der Ehe usw. (§ 1593) entsteht. Die Ehe, die ja ebenfalls ein Rechtsverhältnis ist, kann angefochten werden und wird dadurch nichtig, die Ehelichkeit kann angefochten werden und wird dadurch zur Unehelichkeit. Die Anfechtbarkeit der Ehe verhält sich also zu der durch Anfechtung herbeigeführten Nichtigkeit der Ehe, wie die Anfechtbarkeit der Ehelichkeit zu der durch Anfechtung herbeigeführten Unehelichkeit. Die Unehelichkeit ist hier die Nichtigkeit der Ehelichkeit. Wie es darum in § 1343 Abs. 2 heißt: „Die Nichtigkeit einer anfechtbaren Ehe, die im Wege der Klage angefochten worden ist, kann . . . nicht anderweit geltend gemacht werden", so heißt es in § 1596 Abs. 3: „Vor der Erledigung des Rechtsstreits kann die Unehelichkeit nicht anderweit geltend gemacht werden." Ganz dem entsprechend heißt es denn auch in der ZPO. § 153 richtig: „Hängt die Entscheidung eines Rechtsstreits davon ab, ob ein Kind, dessen Ehelichkeit im Wege der Anfechtungsklage angefochten ist, *unehelich* ist", und ebenso hätte es nun auch in § 152 heißen müssen, „ob eine im Wege der Anfechtungsklage angefochtene Ehe *nichtig* ist." Es stimmen also BGB. §§ 1596, 1343 und ZPO. § 153 miteinander überein, es weicht nur ZPO. § 152 ab. Der Fehler liegt wohl klar zutage.

Demnach steht fest: die Wirkung der Eheanfechtung tritt bereits mit der Klagerhebung ein. Wirkung der Anfechtung ist nun, daß die angefochtene rechtliche Tatsache, hier also die Ehe, jetzt als von Anfang an nichtig angesehen wird. Aber hier muß ich noch einmal weiter ausgreifen, es bedarf einer kurzen Erörterung über das Wesen der Ehenichtigkeit.

Ehenichtigkeit ist kein einheitlicher Begriff. Abgesehen von den Fällen, wo nicht einmal äußerlich der Anschein

einer Eheschließung vorliegt, so daß überhaupt nicht von einer Ehe, nicht einmal von einer nichtigen, geredet werden kann, sind nach BGB. vier Gruppen von Nichtigkeitsfällen zu unterscheiden:

1. Der Fall, daß die Ehe mit irgend einem Formfehler geschlossen und ins Heiratsregister nicht eingetragen ist, § 1324 Abs. 1 (auch hier wird vielfach von „Nicht-Ehe“ geredet). Gleichzustellen ist hiermit der im Gesetzbuch nicht vorgesehene Fall der formgerechten Eheschließung zwischen zwei Personen gleichen Geschlechts.

2. Die fünf Ehenichtigkeitsfälle der §§ 1324—28, in denen es, sofern nicht die Ehe aufgelöst ist, einer Nichtigkeitsklage bedarf.

3. Unser Fall, wo die Ehe zwar durch Erhebung der Klage bereits angefochten, der Rechtsstreit aber noch nicht bis zum Urteil gediehen ist, § 1343 — davon wird sogleich genauer die Rede sein.

4. Die Fälle, wo bei einer nach Ziffer 2 und 3 nichtigen Ehe die Nichtigkeitserklärung erfolgt oder die Ehe aufgelöst ist, §§ 1329, 1343, oder wo eine anfechtbar gewesene Ehe nach ihrer Auflösung durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht angefochten ist, § 1342 (wobei hier unerörtert bleiben mag, in welchem Sinn bei einer schon aufgelösten Ehe noch von Anfechtung die Rede sein kann).

Eine wahre, mit der des allgemeinen Teils übereinstimmende Nichtigkeit ist nur die der Fälle Ziffer 1 und 4. Hier kann sich ein jeder ohne weiteres auf die Nichtigkeit der Ehe stützen, ohne daß erst noch irgend ein besonderes Verfahren nötig wäre, und die Nichtigkeit ist auch nicht heilbar, sondern wie jede wahre Nichtigkeit unabänderlich. Anders die Nichtigkeitsfälle der §§ 1324—28. Hier äußert die Ehe einstweilen alle ihre Wirkungen; es bedarf erst noch eines besonderen formalisierten Angriffs, nämlich einer Klagerhebung, und eines daraufhin ergehenden Urteils, um die volle Nichtigkeit, dann freilich mit rückwirkender Kraft, herbeizuführen. Diese Art Nichtigkeit ist also darin der bloßen Anfechtbarkeit der Ehe gleich, daß es eben noch dieses Angriffs bedarf, sie ist wie jene eine „Aufhebbarkeit“ (so Hellwig[5]), eine Vernichtbarkeit; sie unterscheidet sich von

ihr aber durch zweierlei: einmal dadurch, daß nicht bloß mit der Nichtigkeitserklärung, sondern auch mit der Auflösung der Ehe, dann also ohne Angriff irgend jemandes, die volle Nichtigkeit eintritt — während mithin bei der Anfechtbarkeit einer Ehe die Ehe möglicherweise immerfort gültig bleibt, weil keine Anfechtung erfolgt, muß bei jener Ehenichtigkeit jedenfalls einmal volle Nichtigkeit eintreten —; und vor allem dadurch, daß die Möglichkeit wirksamen Angriffs nicht nur einem bestimmten Berechtigten, sondern beiden Ehegatten und ferner jedem in bestimmter Weise interessierten Dritten, ja selbst dem Staatsanwalte zusteht, ZPO. § 632. Nun genügt aber die Klagerhebung für sich noch nicht, um die vorläufige Gültigkeit der Ehe rückwärts in volle Nichtigkeit zu verwandeln, sondern es bedarf dazu des rechtskräftigen Urteils. Daraus folgt, daß das die Nichtigkeitserklärung enthaltende Urteil nicht bloß, wie früher ganz allgemein gelehrt wurde und auch heute noch gelehrt wird[6]), deklaratorische Wirkung hat, sondern *konstitutive*, indem es die bestehende Rechtslage rückwärts umändert — dieser Satz scheint mir nach den trefflichen Darlegungen insbesondere Langheinekens und Hellwigs[7]) vollständig gesichert und wird auch mehr und mehr anerkannt. Selbst Kisch[8]), der das Nichtigkeitsurteil als eine besondere Art „auslösenden Urteils“ von dem konstitutiven noch wieder abtrennt, gibt doch jedenfalls zu, daß es keinen rein deklarativen Inhalt habe. Ich wähle im weiteren für diese Nichtigkeit, die erst noch der Vermittlung eines Urteils bedarf, um volle unmittelbar geltend zu machende Nichtigkeit zu werden, den Ausdruck „mittelbare Nichtigkeit“ im Gegensatz gegen die volle, „unmittelbare“ Nichtigkeit, wie sie in den Fällen Ziffer 1 und 4 vorliegt. Die Ausdrücke sind nicht einwandfrei, aber es ist doch wohl besser, sie zu gebrauchen, als mit Anderen von absoluter und relativer Nichtigkeit oder von formeller und materieller zu reden.

Ich nehme nunmehr die Frage über die Eheanfechtung wieder auf. Die Anfechtungswirkung tritt, wie ausgeführt, bereits mit der Klagerhebung ein und bewirkt Nichtigkeit ex tunc. Andererseits bezweckt diese Klagerhebung gerade wie die Erhebung der Nichtigkeitsklage eine Nichtigkeits-

erklärung durch das Gericht. Nun wirkt wenigstens bei der Nichtigkeitsklage diese Nichtigkeitserklärung konstitutiv — wie reimt sich das? Wozu bedarf es noch einer konstitutiven Nichtigkeitserklärung, wenn die Nichtigkeit doch schon durch die Klagerhebung eingetreten ist? Oder sollten wir annehmen, daß, wennschon die auf Nichtigkeitsklage hin erfolgende Nichtigkeitserklärung konstitutiv wirke, doch die auf Anfechtungsklage hin erfolgende bloß ein Feststellungsurteil sei? Auch das ist unmöglich; so wenig wie die Nichtigkeitsklage kann die Anfechtungsklage eine bloße Feststellungsklage sein, schon deshalb nicht, weil die ZPO. in § 633 sie von dieser auf das strengste unterscheidet; dies hat Hellwig[9]) nachgewiesen.

Vielleicht ist Hellwig gerade durch diese richtige Erkenntnis, daß auch das auf die Anfechtungsklage hin ergehende Urteil konstitutiv wirkt, dazu geführt worden, die rechtschaffende Wirkung der Klagerhebung als Anfechtung zu leugnen. Aber beides ist durchaus miteinander verträglich! Die einfache Lösung ist: die Nichtigkeit, die infolge der Anfechtung eintritt, ist, solange noch kein rechtskräftiges Urteil vorliegt, nicht volle unmittelbare Nichtigkeit, sondern eine Nichtigkeit der oben geschilderten mittelbaren Art. Erst durch das Urteil selbst wird sie zur vollen Nichtigkeit, sodaß demnach das auf die Anfechtungsklage hin ergehende Urteil genau die gleiche konstitutive Wirkung hat, wie das auf die Nichtigkeitsklage hin ergehende. Man kann das gefundene Ergebnis dahin zusammenfassen: die Anfechtungsklage ist erstens der formalisierte rechtsgeschäftliche Akt der Anfechtung und ist zweitens eine daraufhin erhobene Nichtigkeitsklage. Daß durch eine Klage zwei Wirkungen erstrebt werden, von denen die eine erst aus der andern folgen kann, kommt ja häufig vor — man denke nur an die querela inofficiosi testamenti — und hat nichts allzu befremdendes. Die von dem Anfechtenden bezweckte Wirkung der Ehenichtigkeit tritt also nur stufenweise ein: zuerst wird durch die Erhebung der Klage die gültig gewesene aber anfechtbare Ehe rückwärts zu einer mittelbar nichtigen, und dann wird durch das Urteil diese mittelbar nichtige Ehe noch einmal rück-

wärts zu einer vollnichtigen. Zweimal werden so die Verhältnisse rückwärts geändert; es ist vielleicht nicht ohne Interesse, zu bemerken, daß das BGB. in einem anderen Falle eine umgekehrte zweimalige Rückwärtsänderung des Eheverhältnisses eintreten läßt: in dem eigentümlichen Fall der §§ 1325, 1331 kann eine mittelbar nichtige Ehe sich rückwärts in eine anfechtbare und diese anfechtbare dann nach § 1337 sich wieder rückwärts in eine vollgültige verwandeln. Ich bin soweit wie möglich davon entfernt, jene Anordnung über die Eheanfechtung als ein Muster gesetzgeberischer Technik zu verteidigen, ich zeige nur, daß dies wirklich die technische Gestaltung ist, die das BGB. gewollt hat, und wir haben mit dem Gesetz, wie es ist, zu rechnen.

Die mittelbare Nichtigkeit, die infolge der Eheanfechtung eintritt und bis zur Nichtigkeitserklärung fortdauert, teilt durchaus das Wesen der sonstigen mittelbaren Nichtigkeit, sie ist nur ein Anwendungsfall. Scheinbar freilich gilt für sie ein besonderer Grundsatz: es heißt nämlich von ihr, sie könne während schwebenden Anfechtungsprozesses überhaupt nicht anderweit geltend gemacht werden, d. h. nur immer gerade von diesem Anfechtungskläger, während die sonstige mittelbare Nichtigkeit, wie vorher gesagt, von jedermann geltend gemacht werden kann. Aber das ist doch wohl kein Unterschied; denn wenn einmal bei mittelbar nichtiger Ehe von irgend jemand eine Nichtigkeitsklage anhängig gemacht ist, steht dem Beklagten gegen jede weitere Klagerhebung durch einen andern die Einrede der Rechtshängigkeit zu, da die Rechtshängigkeit in demselben Maße wie die Rechtskraft[10]), hier also inter omnes wirkt (ZPO. § 629); die Nichtigkeit der angefochtenen und dadurch nichtig gewordenen Ehe während schwebenden Prozesses entspricht also vollkommen der Nichtigkeit einer schon vorher mittelbar nichtig gewesenen Ehe während Schwebens des Nichtigkeitsprozesses. Auch daß die Nichtigkeit der angefochtenen Ehe, solange das Urteil noch nicht wirksam geworden ist, immer noch durch Bestätigung geheilt werden kann, und zwar gerade so wie vor der erfolgten Anfechtung, § 1341 Abs. 2 Satz 2, macht keinen Unterschied gegenüber der Nichtigkeit aus, denn nach § 1325 kann auch eine ur-

sprünglich nichtige Ehe noch nach erhobener Nichtigkeitsklage, sofern nur das Urteil noch nicht wirksam geworden ist, gerade so wie vor Erhebung der Klage durch Bestätigung geheilt werden.

Von anderer Seite[11]) ist unter Zugrundelegung der richtigen Anschauung, daß durch die Klagerhebung selbst schon die Nichtigkeit der Ehe herbeigeführt werde, doch gesagt worden, diese Nichtigkeit besitze zunächst nur theoretische Bedeutung. Indes das scheint mir zu eng. Denn wenn die anfechtbare Ehe vor der Anfechtung aufgelöst wird, so bleibt es entweder immer noch bei der bloßen Anfechtbarkeit, § 1342, oder es tritt jetzt Unanfechtbarkeit ein, § 1338; wird die Ehe dagegen nach Erhebung der Anfechtungsklage aufgelöst, so wird sie nunmehr unmittelbar nichtig (§ 1343 Abs. 2). Und ein weiterer praktischer Unterschied wird sich gerade bei unserer besonderen Frage zeigen, zu der ich mich nunmehr nach dieser allgemeinen Grundlegung wende.

II.

Haben wir hiernach das Ergebnis, daß bereits mit der Erhebung der Anfechtungsklage mittelbare Nichtigkeit der Ehe eintritt, und daß diese Nichtigkeit nur, wie jede sonstige mittelbare Ehenichtigkeit, noch eines rechtskräftigen Urteils bedarf, um zur vollen Nichtigkeit zu werden, so folgt an sich, daß diese Wirkung der Anfechtung bestehen bleibt, welches auch immer das Schicksal des Prozesses sein mag. Stirbt also ein Ehegatte während des Prozesses — womit dann der Rechtsstreit in der Hauptsache als erledigt angesehen wird, ZPO. § 628 —, so bedarf es keiner weiteren Anfechtung mehr, es bleibt vielmehr bei der schon durch die Klagerhebung eingetretenen Nichtigkeit, nur verwandelt sich diese jetzt, wie das der allgemeinen Regel des § 1324 entspricht, in eine mittelbare: die Regel des § 1324 ist in § 1343 Abs. 2 nur bestätigt.

Aber auch auf andere Weise kann der Prozeß endigen, ohne daß es zu einem Urteil über die Nichtigkeit der Ehe kommt: es sind die Fälle, daß eine Klage zurückgenommen oder durch ein in der Sache selbst nicht entscheidendes Urteil rechtskräftig abgewiesen wird, und auch hier müßte

an sich die gleiche Folgerung gezogen werden, daß trotzdem die einmal eingetretene Wirkung der Anfechtung, nämlich die mittelbare Nichtigkeit der Ehe, bestehen bleibt. Für den ersten dieser Fälle (Klagzurücknahme) hat das Gesetz nun aus naheliegenden Gründen diese Folgerung beseitigt, also eine Ausnahme gemacht, indem es in § 1343 Abs. 2 bestimmt: „Wird die Klage zurückgenommen, so ist die Anfechtung als nicht erfolgt anzusehen.“ Diese Vorschrift war nötig, weil eben sonst jene oben gezogene Folgerung rechtens gewesen wäre, und sie ist gerecht, weil die Zurücknahme der Klage ja auf dem freien Willen des Klägers beruht. Für den zweiten Fall hingegen (Abweisung der Klage durch ein nicht sachentscheidendes Urteil, also insbesondere wegen Unzuständigkeit des Gerichtes) ist die gleiche, jene Folgerung modifizierende Bestimmung nicht getroffen. Daß dies nicht auf einem bloßen Versehen beruht, beweist die Vergleichung mit § 212, der den schon oben herangezogenen Fall der Unterbrechung einer Anspruchsverjährung durch Klagerhebung behandelt. Die Klagerhebung hat, wie früher gesagt, neben ihrer prozessualen auch die materiellrechtliche Wirkung, daß die Verjährung unterbrochen wird; die Sachlage ist insoweit ganz gleich der bei der Anfechtung. Demnach tritt auch hier die Frage auf, wie es nun mit der Verjährungsunterbrechung steht, einmal in dem Falle, wenn die Klage zurückgenommen, und zweitens in dem, wenn sie durch ein in der Sache selbst nicht entscheidendes Urteil rechtskräftig abgewiesen ist. Hiervon handelt § 212, er nennt aber ausdrücklich *beide Fälle nebeneinander*, indem er sagt: „Die Unterbrechung durch Klagerhebung gilt als nicht erfolgt, wenn die Klage zurückgenommen oder durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil rechtskräftig abgewiesen wird.“ Man vergleiche hiermit § 1341 Abs. 2: „Wird die Klage zurückgenommen, so ist die Anfechtung als nicht erfolgt anzusehen“, und man wird nicht mehr zweifeln können, daß die Auslassung des zweiten Falles in diesem letzteren Paragraphen absichtlich erfolgt ist. Denn daß der Gesetzgeber bei Normierung der Eheanfechtung den § 212 nicht übersehen, sondern mit überlegt hat, das geht schon

daraus hervor, daß er selbst in anderen Beziehungen auf die Verjährungslehre Rücksicht nimmt (in § 1339 Abs. 3 durch Verweisung auf BGB. §§ 203 und 206).

Ist hiernach die Sonderbestimmung des § 1341, der gemäß die Anfechtung als nicht erfolgt angesehen werden soll, absichtlich nur für den ersten Fall, den der Klagzurücknahme, und nicht auch für den zweiten, den uns beschäftigenden Fall getroffen, so ist zu schließen, daß es für diesen zweiten Fall bei der Folgerung hat bleiben sollen, die sich aus der Natur der Klagerhebung als eines Anfechtungsaktes ergibt: die privatrechtliche Wirkung der Klagerhebung bleibt bestehen, auch wenn die Klage durch ein nicht sachentscheidendes Urteil abgewiesen ist.

Indes bedarf dieser Folgesatz noch der Sicherung gegen einige Einwände. Man könnte sagen, in den beiden von § 212 genannten Fällen (Klagzurücknahme und Nicht-Sachentscheid) werde die Klagerhebung rückwärts hinfällig, und weil sie das werde, würden auch alle ihre materiellrechtlichen Wirkungen von selbst hinfällig. Die besprochenen Bestimmungen in §§ 1341 und 212 seien daher nicht eine Ausnahme, sondern eine Bestätigung dessen, was schon aus dem Rückgängigwerden des Rechtsstreites folge. Man wird dann freilich sofort mit der Frage entgegnen müssen, warum denn diese Bestimmungen überhaupt ausgesprochen seien, und noch dazu, warum in § 212 *beide* Folgerungen genannt seien, in § 1341 nur eine von ihnen; diese Verschiedenheit müsse doch verleiten, den in § 1341 nicht mitgenannten Fall anders zu beurteilen, als den dort genannten; dem Gesetz müsse dann der Vorwurf irreführender, ja geradezu fehlerhafter Fassung gemacht werden. Aber ich gebe selbst zu, daß dieser Gesichtspunkt nicht entscheidend ist. Je tiefer man in ein Gesetz eindringt und seine Grundgedanken durchdenkt, desto häufiger wird man finden, daß ein einzelner Satz nur Bestätigung oder Anwendung eines allgemeineren, ebenfalls im Gesetz ausgesprochenen ist und darum schließlich entbehrlich gewesen wäre. Vielleicht hat der Gesetzgeber dies Verhältnis der beiden Sätze zu einander nicht erkannt, vielleicht hat er es auch erkannt, aber gefürchtet, es könnte von denen, die das Gesetz anwenden sollen, übersehen

werden, und hat darum den Folgesatz noch besonders ausgesprochen. Und da kein Gesetz technisch vollkommen ist, so findet sich denn auch wohl, daß die Folgerung bei der einen Gelegenheit ausdrücklich ausgesprochen, bei der andern als selbstverständlich nicht besonders erwähnt ist. Freilich würde gerade der Verstoß, den man dem § 1341 zur Last legen müßte, so arg sein, daß man sich nur schwer wird entschließen können, in unserem sonst so vorsichtig gefaßten Gesetzbuch an ihn zu glauben.

Aber der ganze Einwand ist deshalb hinfällig, weil seine Grundlage selbst nicht haltbar ist. Von der Klagzurücknahme sagt die ZPO. § 271 Abs. 3 allerdings, sie habe zur Folge, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen sei. Daraus hat einst das Reichsgericht (Entsch. in Zivils. 33 S. 394) auch wirklich geschlossen, daß die Verjährungsunterbrechung als nicht erfolgt anzusehen sei. Es unterscheidet zwar selbst zwischen der Rechtshängigkeit und der Klagerhebung und gibt zu, daß eine bloße Wiederaufhebung der Rechtshängigkeit die sonstigen Folgen, die schon an die Klagerhebung geknüpft seien, noch nicht beseitige, aber gerade bei der Klagzurücknahme, so meint es, werde nicht bloß die Rechtshängigkeit wieder aufgehoben, sondern der Rechtsstreit werde als nicht anhängig geworden angesehen; Anhängigkeit sei aber etwas anderes als Rechtshängigkeit: das ergebe sich aus ZPO. § 263, wo davon gesprochen sei, daß „während der Dauer der Rechtshängigkeit die Streitsache anderweit anhängig gemacht wird", demnach müsse das Anhängigmachen der Streitsache gleich Erhebung der Klage sein. Indes bei dieser Beweisführung ist, wie mir scheint, eine Verwechslung untergelaufen. „Anhängig machen" und „anhängig werden" sind zweierlei; „anhängig machen" mag eine Prozeßhandlung sein, „anhängig werden" ist selbst bereits das Eintreten eines Rechtszustandes, demnach völlig gleich Eintreten der Rechtshängigkeit. ZPO. § 271 sagt nicht, die Klagzurücknahme habe zur Folge, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig *gemacht*, sondern daß er als nicht anhängig *geworden* anzusehen sei, läßt also nur die Wirkung dieses Anhängiggewordenseins, nicht auch die Wirkungen des Aktes der

Klagerhebung wieder aufgehoben sein. Die Entscheidung des Reichsgerichts stammt aus der Zeit vor dem bürgerlichen Gesetzbuch und ist für eine preußisch-rechtliche Sache ergangen; im allgemeinen Landrecht fehlte eine ausdrückliche Bestimmung, wie sie BGB. § 212 enthält: dem begreiflichen Wunsche, die gleiche Entscheidung auch für das preußische Recht treffen zu können, ist wohl jene obige Beweisführung entsprungen; ob das Reichsgericht auch noch, nachdem wir den § 212 haben, jenen Gedankengang aufrecht erhalten würde, darf füglich bezweifelt werden. Mit Unrecht beruft sich das Reichsgericht auch auf die Motive zum Entwurf des BGB. Diese sagen zu § 171 des Entwurfs nur, die neue Gesetzesbestimmung des jetzigen § 212 *entsprecke* dem (jetzigen) § 271 der ZPO., keineswegs, sie *folge* aus ihm, und bei der Eheanfechtung, die doch folgerichtig genau so wie die Verjährungsunterbrechung mit der Klagrücknahme wieder beseitigt sein müßte, sagen sie unter Berufung auf allgemeine Grundsätze ausdrücklich (IV S. 97): „Die Zurücknahme der Anfechtungsklage würde zwar die Folgen der Rechtshängigkeit nach Maßgabe des § 243 (jetzt 271) der ZPO. beseitigen, nicht aber den in der Erhebung der Anfechtungsklage zugleich liegenden rechtsgeschäftlichen Akt der Anfechtung."

Vollends nun aber der andere Fall, daß ein nicht sachentscheidendes Urteil den Kläger abweist. Nirgends steht hier in der ZPO., daß nunmehr der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen sei. Der Gedankengang des Reichsgerichts trifft für diesen Fall also sicherlich nicht zu; unzweifelhaft ist es hier nur die Rechtshängigkeit selbst, die mit der Abweisung rückwärts wieder fortfällt, die Klagerhebung als Tatsache aber wird hier keineswegs als nicht geschehen angesehen, sondern bleibt bestehen, und darum bleiben auch, sofern in dem materiellen Rechte nichts anderes bestimmt ist, ihre materiellrechtlichen Wirkungen — oder wollte man etwa annehmen, auch die in der Klagerhebung liegende Mahnung (BGB. § 284 Abs. 1) gelte als nicht erfolgt, wenn die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgewiesen werde?!

Ein zweiter Einwand würde dahin gehen, es sei zwar richtig, daß die Wirkung der Anfechtung bereits mit der

Klagerhebung eintrete, aber Klagerhebung im Sinne der Rechtssätze, die an die Klagerhebung die Wirkung der Verjährungsunterbrechung oder der Anfechtung knüpfen, sei eben nur eine „richtige“ Klagerhebung, eine Klagerhebung also, die auch zu einer Verurteilung zu führen geeignet sei, insbesondere daher nur eine Klagerhebung vor dem zuständigen Gericht. Auch hier wieder wird man zunächst sagen können, daß das Gesetz dann irreführend, ja fehlerhaft gefaßt sei, da es ja diese Folgerung bei der Frage der Verjährungsunterbrechung ausdrücklich ausspricht, bei der Frage der Eheanfechtung indes verschweigt. Indes auch hier sei davon abgesehen: entscheidend ist doch, daß dieser Einwand in den Worten des Gesetzes keinen Anhalt findet — das Gesetz spricht von Erhebung der Klage schlechthin, überall sonst bezeichnet es aber, wie leicht erweislich ist, damit auch die Klagerhebung vor einem unzuständigen Gericht.

Es bleibt also bei der oben ausgesprochenen Folgerung: die Anfechtung der Ehe behält ihre Wirksamkeit, auch wenn die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichtes abgewiesen worden ist. Daß auch nur diese Entscheidung der Gerechtigkeit entspricht, wurde schon eingangs bemerkt. Nimmt der Anfechtungsberechtigte die Klage zurück, so kann er sich nicht beschweren, wenn nunmehr infolge des Zeitablaufs die Ehe als unanfechtbar gültig weiter besteht. Wird die Klage aber durch ein nicht sachlich entscheidendes Urteil abgewiesen, so kann er ganz ohne Schuld an diesem Ausgange sein. Für den gleichen Fall bei der Verjährungsunterbrechung bringt zwar die eigentümliche Bestimmung des § 212 Abs. 2 ausreichende Hilfe: „Erhebt der Berechtigte binnen 6 Monaten von neuem Klage, so gilt die Verjährung als durch Erhebung der ersten Klage unterbrochen“; für die Eheanfechtung aber fehlt eine entsprechende Bestimmung, der Anfechtungsberechtigte wäre hier also völlig ohne Hilfe gelassen, wenn man wirklich annehmen wollte, daß die Anfechtungswirkung mit der Klagabweisung rückgängig geworden sei.

Freilich ist behauptet worden[12]), es fehle, auch wenn man der Klagabweisung jene weitreichende Bedeutung bei-

lege, doch an der nötigen Hilfe nicht, denn die Bestimmung des § 212 Abs. 2, die für die Verjährung gelte, müsse analog auch auf die gesetzliche Befristung, insbesondere bei der Eheanfechtung, übertragen werden. Das würde also bedeuten: der anfechtungsberechtigte Ehegatte kann innerhalb von 6 Monaten, nachdem seine Klage durch ein nicht sachlich entscheidendes Urteil abgewiesen ist, sein Anfechtungsrecht noch wieder klageweise geltend machen, und es ist dann so anzusehen, als sei bereits mit der Erhebung der ersten Klage, also noch fristgerecht, das Anfechtungsrecht wirksam ausgeübt worden. Sicherlich sind auch singuläre Rechtssätze analoger Ausdehnung fähig, wenn nur ihr Grundgedanke auch im analogen Falle zutrifft. § 212 Abs. 2 beruht nun offenbar auf dem Rechtsgedanken, daß ein Ausgleich getroffen werden müsse zwischen den Interessen des Berechtigten, der seines Rechtes sonst verlustig gehen würde, und den Interessen, die eine rasche Erledigung durch Zeitablauf verlangen, und derselbe Interessenwiderspruch besteht auch im Fall der Eheanfechtung. Wir wollen nun einmal annehmen, es sei de lege ferenda empfehlenswert, eine derartige Bestimmung, wie sie § 212 für die Verjährung enthält, allgemein auch für alle Fälle der gesetzlichen Befristung, insbesondere auch für die Eheanfechtung, zu treffen — daß sich dies nicht empfiehlt, davon wird am Schluß noch die Rede sein. Aber eine analoge Übertragung scheint mir doch ganz ausgeschlossen zu sein. Denn frühere Erörterungen haben ergeben, daß der Gesetzgeber bei Fassung des § 1341 die Bestimmung des § 212 mit überlegt hat. Es kann demnach nicht bezweifelt werden, daß er eine solche Bestimmung, wie sie § 212 Abs. 2 enthält, dort absichtlich nicht gegeben hat; daran aber muß man festhalten: analoge Übertragung eines Rechtssatzes ist nur da möglich, wo wir annehmen dürfen, daß die gleiche Frage an der analogen Stelle nicht erwogen worden ist, wo also eine Lücke des Gesetzes in diesem Sinne besteht; läßt sich hingegen aus dem Gesetz erschließen, daß es absichtlich unterlassen worden ist, die gleiche Bestimmung für die analoge Frage zu geben, so ist die Analogieziehung unerlaubt.

Aber für uns, die wir annehmen, daß die Anfechtung bei nicht sachentscheidender Abweisung der Klage doch in

ihren privatrechtlichen Wirkungen bestehen bleibe, ist dies alles ja glücklicherweise belanglos — es sollte nur dargelegt werden, daß die entgegengesetzte Auffassung tatsächlich einen vollkommenen Notstand für den Anfechtungsberechtigten schaffen kann.

Nunmehr aber die Frage: was wird nun weiter aus der angefochtenen Ehe? Die Antwort ergibt sich einfach durch eine Folgerung aus dem Vorstehenden. Da die Anfechtung wirksam ist, kann von einer erneuten Anfechtungsklage natürlich nicht mehr die Rede sein. Vielmehr ist die Ehe jetzt nichtig und zwar, da es an einer Nichtigkeitserklärung durch das Gericht noch fehlt und die Ehe auch nicht aufgelöst worden ist, *mittelbar nichtig*. Nun sagt § 1342 Abs. 2, die Nichtigkeit der angefochtenen Ehe könne, solange nicht die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, nicht anderweit geltend gemacht werden. Was bedeutet das? In erster Linie ist gewiß gemeint, nicht anderweit als gerade in diesem noch schwebenden Verfahren; denn § 1343 denkt doch eben zunächst an den Fall, daß das Verfahren noch schwebt. Aber damit ist der Sinn der Worte nicht erschöpft, ihre vollständige Bedeutung muß aus dem Vergleich mit § 1329 gewonnen werden. Hier heißt es: „Die Nichtigkeit einer nichtigen Ehe kann, solange nicht die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden." Schon die Gleichheit der Worte des Zwischensatzes zeigt, daß § 1343 für seinen besonderen Fall das dem § 1329 entsprechende hat verfügen wollen, gemeint ist also in § 1343: 'nicht anderweit als nur im Wege des die urteilsmäßige Nichtigkeitserklärung erstrebenden Prozesses'. Mithin tritt, wenn die Klage durch ein nicht sachentscheidendes Urteil abgewiesen ist, genau dieselbe Rechtslage ein, wie bei jeder von vornherein mittelbar nichtigen Ehe: jeder der beiden Ehegatten (wie auch ein Dritter und der Staatsanwalt) kann jetzt die Nichtigkeitsklage anstellen, und zwar ohne zeitliche Beschränkung. Damit sind alle Interessen vollständig gewahrt: der früher anfechtungsberechtigte Ehegatte kann durch Erhebung der Nichtigkeitsklage die Nichtigkeit weiter verfolgen, aber auch der andere Ehegatte ist in der Lage, sofort einen klaren Rechtszustand

zu schaffen, indem er selber die infolge der Anfechtung eingetretene Nichtigkeit durch Klage geltend macht. Es bedarf also gar keiner Schutzbestimmung, welche das Klagerecht der anderen Partei zeitlich begrenzte.

III.

Schon eingangs wurde darauf hingewiesen, daß die behandelte Frage in ihrer Bedeutung über das Gebiet der Eheanfechtung weit hinausreicht.

1. Gerade wie bei der Eheanfechtung zieht auch bei der Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes nach § 1596 (und ebenso verhält es sich mit der Anfechtung der Ehelichkeitsanerkennung nach § 1599) die Erhebung der Klage selbst schon die Anfechtungswirkung nach sich, natürlich wenn ein Anfechtungsrecht bestanden hat; mit der Klagerhebung ist also bereits die Rechtsstellung des Kindes, als ehelich zu gelten, beseitigt, und diese Folge bleibt bestehen, auch wenn die Klage ohne Sachentscheid abgewiesen wird. Nun sagt § 1596: „Vor der Erledigung des Rechtsstreites kann die Unehelichkeit nicht anderweit geltend gemacht werden.“ Wir haben mithin auch hier in der Zwischenzeit zwischen Erhebung der Klage und Unehelichkeitserklärung des Kindes einen Rechtszustand ähnlich dem der mittelbaren Nichtigkeit bei der Ehe. Aber die Fassung ist hier, wie man sieht anders, weiter als bei der Eheanfechtung. Die völlige Unehelichkeit des Kindes tritt hier bei jeder „Erledigung“ des Rechtsstreites ein, also auch dann, wenn die Klage aus einem nicht sachlich entscheidenden Grunde abgewiesen ist; denn dann ist *dieser* Rechtsstreit „erledigt“, mag auch wegen derselben Angelegenheit noch ein anderer Rechtsstreit möglich sein. Demnach bleibt es jetzt bei der Unehelichkeit des Kindes, und diese Unehelichkeit kann von jedem und in jeder beliebigen Weise geltend gemacht werden. Der Unterschied gegenüber dem Falle, daß eine Unehelichkeitserklärung durch das Gericht erfolgt ist, besteht eben nur darin, daß, während ein solches Urteil eine feste Rechtslage für und gegen alle schaffen würde, ohne das Urteil immer noch wieder bestritten werden kann, daß

die Anfechtung zu Recht erfolgt sei. Aber diese Rechtslage ist nicht verwunderlich, sie ist genau die gleiche, wie sie eintritt, wenn die Anfechtung der Ehelichkeit, was gemäß § 1597 nach dem Tode des Kindes möglich ist, durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht erfolgt ist: auch hier kann ein jeder wieder die Wirksamkeit der Anfechtung bestreiten. Ist einer Partei diese Unsicherheit allzu lästig, so bleibt ihr ja die Möglichkeit einer Feststellungsklage nach ZPO. § 640; das Feststellungsurteil wirkt dann nach § 643 für und gegen alle.

2. Anders steht es bei der Anfechtung des Erbschaftserwerbs wegen Erbunwürdigkeit (BGB. § 2340 ff.). Die Anfechtung muß auch hier durch Klage erfolgen, und § 2340 Abs. 3 bestimmt die Frist für die Erhebung der Anfechtungsklage (1 Jahr), ohne irgend etwas über die Wirkung der Klagzurücknahme oder der Abweisung durch Nichtsachentscheid festzusetzen. Hier nehme auch ich an, daß die Frist nur gewahrt ist, wenn die erhobene Anfechtungsklage auch wirklich zu einer Erbunwürdigkeitserklärung durch den Richter führt, oder genauer, daß die Anfechtungsklage nur dann wirksam zum zweiten Male erhoben werden kann, wenn die Anfechtungsfrist bei der Wiedererhebung noch nicht abgelaufen ist. Denn die Anfechtungsklage bringt hier für sich allein noch nicht die privatrechtliche Wirkung hervor, die der Kläger anstrebt, sie kommt vielmehr lediglich als die Ursache in Betracht, die das rechtswirksame Urteil auslöst, und diese Vorbedingung muß innerhalb bestimmter Frist verwirklicht sein. Wird also die Klage zurückgenommen oder ohne Sachentscheid abgewiesen, so hat sie zu einem Urteil nicht geführt, ist mithin wirkungslos geblieben, und wenn sie nunmehr, was an sich möglich ist, noch einmal angestellt wird, so ist zu prüfen, ob diese neue Klage rechtzeitig ist.

Dieser Klage zur Anfechtung des Erbschaftserwerbs stehen alle sonstigen Anfechtungsklagen, nur eben mit Ausnahme der drei unter Ziffer 1 genannten, gleich, so die Klage auf Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung von Aktiengesellschaften (HGB. §§ 271, 272) oder Genossenschaften (G. v. 1. V. 89 § 51), oder auf Anfechtung

einer Entmündigung (ZPO. §§ 664, 684), oder eines Ausschlußurteils (ZPO. § 957), insbesondere einer Todeserklärung (ZPO. § 976) oder einer Kraftloserklärung einer Urkunde (ZPO. § 1017); und ganz ebenso verhält es sich weiter bei den zahlreichen sonstigen Klagen[13]), durch die in irgend einer Weise eine Aufhebung (z. B. die Wiederaufhebung der Entmündigung, ZPO. §§ 679, 686), eine Nichtigkeitserklärung (z. B. die Nichtigkeitserklärung einer Aktiengesellschaft, HGB. § 309), eine Scheidung, Auflösung und dergl. begehrt wird. Alle diese Fälle sind völlig gleichartig: überall wird durch verschiedene Wendungen mittelbar oder unmittelbar klargestellt, daß die Wirkung erst mit dem Urteil selbst eintritt. Die Rechtslage ist folglich ganz die gleiche wie bei der Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit. Bemerkenswert ist nur eine eigentümliche Differenz in der Ausdrucksweise des Gesetzes. Bei der Erbunwürdigkeit heißt es: „Die Anfechtung erfolgt durch die Erhebung der Anfechtungsklage" und „Die Wirkung der Anfechtung tritt erst mit der Rechtskraft des Urteils ein", und dementsprechend heißt es bei den übrigen Fällen der Anfechtung, in denen ebenfalls die Rechtskraft erst mit dem Urteil eintritt, die Anfechtung erfolge „im Wege der Klage"; bei der Scheidung hingegen heißt es: „Die Scheidung erfolgt durch Urteil. Die Auflösung der Ehe tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein." Dort wird also als Hauptursache der schließlichen Wirkung die Handlung des Berechtigten, hier hingegen die Handlung des Gerichts hingestellt. Dieser Ausdrucksunterschied mag aus Gründen anderer Art gerechtfertigt sein, juristisch liegt eine Verschiedenheit nicht vor. Unmittelbare Ursache für die Aufhebung des Rechtsverhältnisses ist in beiden Fällen, wie schon gesagt, das Urteil, mittelbare Ursache ist die Klagerhebung, weil ohne sie das Urteil nicht erfolgen kann; je nach Bedürfnis wird nun bald die eine, bald die andere Tatsache als eigentliche Ursache genannt, sachlich ist damit nichts geändert.

In allen diesen Fällen bleibt deshalb, auch wenn die Klage zurückgenommen oder ohne Sachentscheid abgewiesen wird, der Rechtszustand ungeändert, und bei einer Neu-Wiederanstellung der Klage ist nunmehr zu prüfen, ob sie fristgerecht ist.

So erklärt sich denn auch, daß weder bei der Erbunwürdigkeitsklage noch bei irgendeiner der sonstigen genannten Klagen eine solche Bestimmung zu finden ist, wie sie bei den Klagen behufs Anfechtung der Ehe, der Ehelichkeit und der Ehelichkeitsanerkennung (ebenso wie analog bei der Verjährungsunterbrechung durch Klage) übereinstimmend steht, daß nämlich die Anfechtung (oder analog die Verjährungsunterbrechung) als nicht erfolgt anzusehen sei, wenn die Klage zurückgenommen werde. Eine solche Bestimmung hätte ja auch da, wo die beabsichtigte Wirkung, also die Aufhebung des Rechtsverhältnisses ex tunc oder ex nunc, noch nicht mit der Klage selbst eintritt, sondern erst durch das Urteil ausgelöst wird, keinen Sinn: erfolgt ein Urteil nicht, so bleibt die Wirkung eben aus.

Daraus ergibt sich für alle diese Klagen weiter: sollte bei etwaiger Neuanstellung der ohne Sachentscheid abgewiesenen Klage die gesetzliche Frist bereits abgelaufen sein, so ist dem Kläger nicht zu helfen. Insbesondere halte ich es für unstatthaft, jene für die Verjährungsunterbrechung geltende Sondervorschrift des § 212 Abs. 2, was Hellwig [14]) vorgeschlagen hat, in allen diesen Fällen analog anzuwenden, aus denselben Gründen, wie sie schon früher vorgetragen wurden: jene Vorschrift ist absichtlich auf den einen besonders gearteten Fall der Verjährungsunterbrechung beschränkt worden. Aber das Bedürfnis, den Berechtigten gegen einen derartig erfolgenden Fristablauf zu schützen, ist hier auch nicht so dringend wie bei der Eheanfechtung. Praktisch kommt wiederum nur der Fall der Klagerhebung vor einem unzuständigen Gericht in Betracht; fast alle jene Fälle sind aber so gelagert, daß der Gerichtsstand, in dem Klage zu erheben ist, nicht zweifelhaft sein wird, z. B. kann die Klage auf Erbunwürdigkeitserklärung in dem Gerichtsstand der Erbschaft erhoben werden, und dieser Gerichtsstand wird wohl immer sicher erkennbar sein. Ein besonderes Wort verdient hier die Scheidungsklage. Hier liegt die Sache so: ist die eheliche Gemeinschaft noch nicht aufgehoben, so wird der Scheidungsberechtigte über die Frage, welches Gericht zuständig ist, kaum je zweifeln können, lebt er hingegen von dem andern Ehegatten ge-

trennt, so wird ein Zweifel über den Wohnsitz und damit den Gerichtsstand der Gegenpartei zwar leicht möglich sein, hier ist aber nach § 1571 Abs. 2 der Fristlauf gehemmt. Es läßt sich also schließlich ohne Sonderbestimmung auskommen.

IV.

Der nachgewiesene Unterschied in der rechtlichen Ausgestaltung der Anfechtung einerseits bei der Ehe, der Ehelichkeit und der Ehelichkeitsanerkennung, andererseits in allen sonstigen Fällen ist ohne innere Berechtigung. Das, was für den Gesetzgeber entscheidend sein muß, die Lage der Parteiinteressen und des öffentlichen Interesses, ist beide Mal völlig die gleiche. Man darf annehmen, daß es rein doktrinäre Gründe waren, die das BGB. zu dieser verschiedenen Behandlung geführt haben: auch bei der Ehe glaubte man der Anfechtung, eben weil sie Anfechtung sei, ihren Charakter als reines Rechtsgeschäft, wie sie ihn nach den Bestimmungen des allgemeinen Teils besitzt, wahren zu müssen, und ließ sie darum schon mit der Klagerhebung wirken, aber bereits bei der Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit verließ man (wennschon die Motive V S. 522 das zu verschleiern suchen) diesen Standpunkt, wie ihn auch die ZPO. und die anderen genannten Gesetze in ihren Anfechtungsfällen nicht beibehalten haben. Selbst theoretisch betrachtet fehlt also bereits die Folgerichtigkeit.

Für eine künftige Revision des BGB., die man immer schon ins Auge fassen sollte, wie fern sie auch noch liegen mag, wäre eine Ausgleichung aller dieser Fälle konstitutiven Urteils unzweifelhaft zu empfehlen, und zwar in der Art: wenn überhaupt eine Klage gefordert wird, dann muß auch ein Urteil dazu kommen, um die Wirkung herbeizuführen, sonst hat die Formalisierung des rechtsgeschäftlichen Aktes, in Form einer Klage erfolgen zu müssen, keinen Sinn, es wäre dann viel besser, eine andere Form, etwa die einer außerprozessualen Erklärung vor einer Behörde, zu wählen. Daraus würde dann allerdings folgen, daß eine rechtzeitige Klaganstellung nur diejenige ist, die auch zu einem sachentscheidenden Urteil führt. Nun muß aber der Kläger, mag auch das Bedürfnis dazu in der einen Art von Fällen

größer sein als in der anderen, doch in allen diesen Fällen gleichmäßig gegen den Fristablauf geschützt werden, zwar nicht, wenn er die Klage zurückgenommen hat — das beruht ja auf seinem freien Willen, hier wäre also ein Schutz, wie ihn § 212 aus besonderen Gründen gerade für die Verjährungsunterbrechung gewährt, unnötig —, wohl aber bei Abweisung ohne Sachentscheid, da es hier nicht gut angehen würde, zwischen den Fällen, in denen der Kläger schuld an dem Unwirksambleiben der Klagerhebung ist und in denen er es nicht ist, zu unterscheiden. Man könnte nun daran denken, Hellwigs Anregung gemäß auf diese Fälle gesetzlicher Befristung das Recht der Anspruchsverjährung zu übertragen (§§ 209—212), derart also, daß der Ablauf der Befristung durch die Klagerhebung zwar unterbrochen wird, daß aber bei Wiederanstellung der Klage in bestimmter Frist nach der Zurücknahme oder Abweisung der ersten Klage die Frist als schon durch die erste Klaganstellung gewahrt anzusehen ist. Aber ich halte das für eine Reihe der hier in Betracht kommenden Fälle für bedenklich. Der Eheanfechtungskläger beispielsweise hätte es dann in der Hand, den anderen Gatten zu schikanieren, indem er den Rechtsstreit immer wieder aufs neue vor einem unzuständigen Gericht anhängig macht, während das Gesetz doch selbst durch die Bestimmung der kurzen Anfechtungsfrist anerkennt, daß es ein gerechtfertigtes Interesse des anderen Gatten — und wohl auch der Öffentlichkeit — ist, bald Sicherheit darüber zu gewinnen, ob die Ehe wirksam angefochten wird, oder nicht. Eher ließe sich vielleicht dadurch helfen, daß man einfach sagte: „Während der Dauer des Rechtsstreits ist der Ablauf der gesetzlichen Frist gehemmt“, sodaß also nach Abweisung der Klage ohne Sachentscheid nur noch der Rest der Frist übrig bliebe, der bei Anstellung der Klage noch nicht abgelaufen war, eine Bestimmung, die dann ebenso auch für die Anspruchsverjährung empfehlenswert wäre. Der Berechtigte hätte es allerdings auch bei solcher Bestimmung noch in der Hand, durch mehrfaches Anstellen der Klage die Frist tatsächlich zu verlängern, aber die Gefahr wäre doch nicht allzugroß, sodaß mir diese gesetzgeberische Lösung mehr als jene andere geeignet zu sein scheint.

Anmerkungen.

[1]) Zitelmann, Internationales Privatrecht I S. 140, II S. 32 ff., Das Recht des BGB. I S. 23.

[2]) Zitelmann, Internationales Privatrecht II S. 33; dann Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 443 ff., Lehrbuch des Zivilprozeßrechts I S. 237.

[3]) Langheineken, Der Urteilsanspruch S. 249, Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 469 f., Wesen der Rechtskraft S. 451, 455, Zivilprozeßrecht I S. 239[42].

[4]) Anspruch und Kl. S. 471[55].

[5]) Wesen der Rechtskraft S. 452.

[6]) Z. B. von Planck, Komm. IV[3] S. 49 Nr. 3.

[7]) Langheineken, Urteilsanspruch S. 244 ff. (Literaturangaben ebenda S. 246 f.), Hellwig, Anspruch und Kl. S. 464, 472 f., Rechtskraft S. 65 ff., Zivilprozeßrecht S. 239[42].

[8]) Beiträge zur Urteilslehre S. 85 ff., 100 f.

[9]) Anspruch und Kl. S. 472 f., Kisch, Beiträge S. 93 f.

[10]) Entsch. des Reichsgerichts in Gruchots Beiträgen 28 S. 1137 u.

[11]) Opet-Blume, Familienrecht S. 91.

[12]) Hellwig, DJZ. 1903 S. 285 f., vgl. auch Gaupp-Stein, ZPO. [8]I S. 575.

[13]) Übersicht bei Hellwig, Anspruch und Kl. S. 460 ff., Zivilprozeßrecht S. 238 f., s. auch Kisch, Beiträge S. 81 ff.

[14]) Hellwig, DJZ. 1903 S. 285 f.

Unmöglichkeit der Leistung.

Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Von

Ernst Rabel.

Inhalt.

Die gemeinrechtliche Lehre von den Korreal- und Solidarobligationen scheint nunmehr eine würdige Nachfolgerin gefunden zu haben. Die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung gibt dem Ribbentrop'schen Irrgarten schwerlich an Verworrenheit etwas nach. Dort brachte, allzu spät, die neuere Rechtsgeschichte den ersten erlösenden Lichtstrahl, als man zu erfahren begann, inwiefern die klassischen Römer die ihnen zugeschriebene Unterscheidung machten. Vielleicht trägt auch hier, inmitten einer Fülle von Distinktionen, wieder einmal historische Erkenntnis ein wenig zur Klärung bei. Freilich, das Gesetz hat die gangbaren Grundanschauungen verewigt, und diese kritisieren bedeutet wohl jenes angreifen, bedeutet auch die das Gesetz anwendende Doktrin bemängeln. Aber von den vielen Wegen, die der 18. August 1896 dem deutschen bürgerlichen Rechte vorzeichnete, können nicht alle gleicherweise taugen. Eilt auf diesen Wegen die Wissenschaft mit raschen und machtvoll ausgreifenden Schritten vorwärts, so gehört es mit zu ihrem Ruhme, wenn sich in kürzerer Frist als je vordem erweist, da oder dort sei am Ausgangspunkte der Wegweiser falsch eingestellt gewesen. Mehr als jemals zuvor ist der Tadler gegenwärtig der Schuldner der Getadelten.

Der weitschauende Forscher, dem wir am heutigen festlichen Tage unsere Glückwünsche darbringen, beschrieb die römischen Aktionen, um uns den Unterschied zwischen den römischen und den modernen Rechtsanschauungen desto schärfer erkennen zu lassen. In seinem andern großen, der Jetztzeit unmittelbar zugewandten Werke hat er sich dann vorgesetzt, unserem Rechte, trotzdem es im römischen wurzelt, seine eigenen Voraussetzungen und Rechtsfolgen, seine Gedanken und Begriffe zuzuerkennen. Und schon das

neue Gesetzbuch im Blicke, warnte er davor, die Fortbildung des Rechts in Stillstand geraten zu lassen: „Soll dieselbe eine gedeihliche sein, so muß die Entwicklung der Rechtswissenschaft ihr nicht bloß folgen, sondern vorausgehen.“ So wird er denn ein historisch-kritisches Bestreben nicht schelten, brächte es auch in diesem Fall keinen andern Gewinn als eine bescheidene Anregung.

I. **Das Dogma.**

Mit imponierender Selbstverständlichkeit hat die durch Friedrich Mommsen ins Leben gerufene, durch Windscheid mit blanken Formeln ausgerüstete Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im Bürgerlichen Gesetzbuch ihren Platz eingenommen. Und welchen Platz! In der Mitte des allgemeinen Teils des Obligationenrechts aufgerichtet, wirft sie weithin in den speziellen Teil und ins Erbrecht ihre Schatten, und je mehr unsere Schriftsteller, ihre Bedeutung erkennend, sie pflegen, um so höher scheint sie zu wachsen. Der Grundgedanke dieser Lehre bleibt aber stets: Die Unmöglichkeit der Leistung ist eine *selbständige und einheitliche juristische Kategorie;* sie ist der Ausgangspunkt juristischer Betrachtung. Wir fragen: ist die Leistung möglich? Und danach beurteilen wir die Gültigkeit des Vertrages.[1]) Ist er gültig, so kennt das Gesetz von allen erdenklichen Fällen der Nichterfüllung nur die zwei Gruppen: Unmöglichkeit und Verzug. Dabei steht die Unmöglichkeit in jeder Hinsicht voran, und ist sie vorhanden, so ist gedankenmäßig sie es, die befreit oder belastet. In die zweite Linie gerückt ist die Nichterfüllung, die vor ihr liegt, und der Grund des Nichtleistenkönnens, der hinter ihr liegt.

So ist es nicht unbegreiflich, daß die Schriftsteller des bürgerlichen Rechts allenthalben auf den Grundsatz zurückgreifen, aus dem alles übrige herstammt: impossibilium nulla obligatio, zur Leistung des Unmöglichen keine Pflicht; ja, daß sie sich meist verbunden glauben, was Windscheid nur von der objektiven Unmöglichkeit lehrte, auf das Unvermögen zu übertragen, so daß sie heute allemal, wenn der Schuldner

[1]) Wie Windscheid § 315 spricht auch § 306 nur vom Vertrag.

nicht leisten kann, dessen Leistungspflicht leugnen. Das Forderungsrecht an einer unmöglichen Leistung kann nicht bestehen, es kann nicht entstehen, es kann nicht fortbestehen. Ich verkaufe dem A ein Haus formgültig nach § 313 und lasse es dem B auf; sofort oder, wie andere meinen, sobald B die Rückübertragung verweigert, bin ich das Haus nicht mehr schuldig. Ein Autor wenigstens ist bis zu dem Ende dieser Gedankenreihe gegangen. Niedner[1]) findet durch die Unmöglichkeit nicht bloß den Gegenstand verändert, sondern das Schuldverhältnis vernichtet, und die Schuldverletzung sei eine neue Kausa (culpa in solutione). Die seit dem 1. Januar 1900 erfolgten Schuldverletzungen haben, so lehrt er, neue Schuldverhältnisse begründet, die somit grundsätzlich unter der Herrschaft des BGB. stehen.

Eine lange Reihe tiefgründender Monographien, an ihrer Spitze die von Titze und Kisch[2]), viel wertvolle Arbeit der Kommentare und Lehrbücher, und die tatkräftige Rechtsprechung der Gerichte haben uns nunmehr erst, indem sie mit den Grundansichten, den begrifflichen Unterscheidungen und den Rechtsfolgen der Lehre Ernst machten, deren Um-

---

[1]) Niedner, Einführ.-Ges. z. BGB., zu Art. 170, 3a. — Das Recht, 4, 1900, 142 f. — [2]) Zu diesen zählen auch die bedeutenden Aufsätze, in denen Kisch und Titze, Krit. Vierteljahrsschr. 44, 506 ff.; 45, 338 ff. einander rezensiert haben. Die Spezialliteratur ist bei Windscheid-Kipp [9] 2, S. 92 verzeichnet. Hinzutreten Siber, Jahrb. f. Dogm. 50, 216—276 und fast in dem Augenblick, wo ich diese Blätter dem Druck übergebe, Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, Arch. f. ziv. Praxis 101. Bd., 1. u. 2. Heft. Auf diese umfangreiche und gedankenreiche Abhandlung kann ich noch in einzelnen Anmerkungen hinweisen, namentlich betreffs eines Punktes (s. unten V), wo sie mit den hier vertretenen Ansichten erfreulich übereinstimmt. Die letzteren durfte ich bereits vor Jahren in der Leipziger Juristischen Gesellschaft darlegen (vgl. Das Recht 8, 1904, S. 100). Die seither überaus stattlich angewachsene Literatur läßt es nicht mehr ratsam erscheinen, die kritische Untersuchung der Grundlagen mit einer einläßlichen dogmatischen Darstellung, die notwendig auch auf alle zutage getretenen Meinungen eingehen müßte, zu verbinden. Muß ich daher bitten, den vielleicht allzu skizzenhaften Charakter dieser Studie zu entschuldigen, so wird man es noch eher verzeihen, daß aus der Literatur nur jeweils die Hauptvertreter genannt und polemische Auseinandersetzungen auf das geringste Maß beschränkt werden.

fang und Inhalt kennen gelehrt, zugleich aber schon häufig Verbesserungen versucht, noch häufiger schwerwiegende Zweifel enthüllt. Von demselben Boden aus ergeben sich ganz auseinanderstrebende Meinungen, deren Verschiedenheiten ein ausländischer Beobachter vielleicht noch nicht genügend würdigt, wenn er urteilt: la letteratura — assai ricca in Germania — ponendosi da punti di vista diversi, si disperde in una miriade di opinioni, e giunge anche ai principî apparentemente più disparati, se pure in realtà punto dissonanti.[1]) Manches mißvergnügte Tadelswort ist bereits gefallen; und immer öfter wird das gesetzliche Fundament für die Mängel der darauf errichteten Konstruktionen verantwortlich gemacht. Aber niemand hat noch auf den tiefsten Punkt nachgraben wollen.

Die ganze Lehre steht und fällt mit jenem Satz, der in § 306 zu ebenso lapidarem Ausdruck gelangt ist, wie in der Celsinischen Regel. Impossibilium nulla obligatio. Diesen Satz gilt es zu prüfen, logisch, historisch und praktisch. Mag für die Rechtsanwendung das Gebiet des Unvermögens und der teilweisen Unmöglichkeit die auffallendsten Schwierigkeiten bergen, an theoretischer Wichtigkeit steht obenan die eigentliche und dauernde Unmöglichkeit, zumal die anfängliche, der Ur- und Hauptsitz des Dogmas und damit der in den §§ 275. 280—283. 306—308. 323 bis 325 und allen ihren Folgebestimmungen (bes. auch §§ 2171 f. 2192 in der gegenwärtigen Fassung) niedergelegten Doktrin.

II. **Das Verhältnis zwischen Leistungspflicht und Unmöglichkeit.**

Es ist uns ein selbstverständliches Dogma geworden, daß der Satz impossibilium nulla obligatio in der natürlichen Logik gegründet sei. In der Regel[2]) erachtet man es für überflüssig, andere Gründe für dieses Theorem aufzustellen.

Die Obligation enthält ein ethisches Soll, sagt Hartmann[3]) in seiner berühmten, oft und oft angerufenen Dar-

---

[1]) (Mario) Ricca-Barberis, Rivista di diritto commerciale, Marzo-Aprile 1907, p. 155. — [2]) Ausnahmen sind Titze (unten S. 177) und H. A. Fischer, Unm. 1—6. Beide gründen den § 306 auf die Billigkeit. — [3]) Hartmann, Die Obligation 173; Dogm. Jahrb. 22, 418.

stellung, „eine ethische Notwendigkeit. Also kann auch ebensowenig wie das was notwendig eintreten muß, in obligatione sein das, was notwendig nicht eintreten kann. In diesem letzteren Sinne ist der Satz „impossibilium nulla obligatio“ ein bloßer Ausfluß des logischen Satzes vom Widerspruch“: „Unmögliches kann nicht geleistet, daher nicht geschuldet werden“, lehrt Dernburg.[1]) Ja, heute leitet man, offenbar im Geiste der Redaktoren, sogar den § 306 — ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig — „aus der inneren vernünftigen Natur des Rechts“[2]) ab, und ein Autor erklärt, gar nicht eigens den § 306 zu brauchen, um dessen Inhalt anzuerkennen.[3]) Das letztere ist aber zweifellos unrichtig. Man war doch im gemeinen Recht so ziemlich einig geworden, daß trotz Unmöglichkeit der Leistung der *Vertrag* bestehen könne, sofern nur an die Stelle der ursprünglichen Leistung deren Geldäquivalent trete. Das Gesetz selbst teilt diese Anschauung, indem es den Vertrag bei verschuldeter nachfolgender Unmöglichkeit andauern läßt (woran kein Zweifel statt hat), und mit dem Rechtssatz des § 437[4]).[5]) Auch das gehört hieher, daß das anfängliche Unvermögen den Kontrakt unberührt läßt[6]); denn daß ein solches für den Schuldner „wahre“ Unmöglichkeit bedeute, wird überwiegend und mit Recht anerkannt.

---

[1]) Dernburg, Pand. 2, § 16; Bürg. R. 2, § 60: „natürlicherweise und mit zwingender Kraft“. Ebenso z. B. Kisch, Kr. Vjschr. 44, 539 und neuestens Krückmann, S. 60. 119, allerdings mit eigenartiger näherer Ausführung S. 61 f. — [2]) Rehbein, BGB. [1] 2, 152 n. 4. Vgl. Mot. z. E. I, 2, 45. — [3]) Kleineidam, Unm. 83 vgl. 35 u. Dogm. Jb. 43, 124. — [4]) Daß die Leistung einer nicht bestehenden Forderung objektiv unmöglich ist, sollte doch nicht mehr bestritten werden. — [5]) Die Mehrheit der zweiten Kommission, der ähnliches, freilich in unzureichender Fassung entgegengehalten wurde, gewährte darauf den Orakelspruch: diese Fälle „beweisen nicht die Unrichtigkeit der Regel, sondern enthalten Einschränkungen derselben; das Verständnis der einschränkenden Bestimmung werde durch die Aufstellung der Regel gefördert“. (1, 449). — [6]) Z. B. Planck 2[3], 68. Cosack § 98. Abweichend Titze, Unm. 71; Krit. Vjschr. 45, 359, dessen Behandlung des Unvermögens mit Recht allgemein abgelehnt wird. In der Hauptsache stimme ich dennoch mit ihm bis hieher zu meiner Freude überein. Auf seine Ausführungen über die positivrechtliche Natur des Dogmas Unm. S. 239—242 möchte ich nachdrücklich verweisen.

Ist es nun wenigstens natürliche Logik, wie alle Welt behauptet, daß das Unmögliche, z. B. die Leistung einer vernichteten Sache, nicht in obligatione sein kann? Es scheint mir, gegen diese Logik erhebt sich ein recht hausbackenes Bedenken. Woher wissen wir, daß die Obligation eine Notwendigkeit enthalte, nenne man sie nun ethisch oder wie immer? Die Sprache ist eine gute Logikerin. Die Obligation enthält ein Soll, und Sollen ist nicht Müssen. Daraus, daß ich etwas nicht leisten kann, folgt notwendig, daß ich es nicht leisten *werde*[1]); oder besser gesagt, das eine ist dasselbe wie das andere, es sind verschiedene Ausdrucksweisen für das gleiche apodiktische Urteil. Mit nichten folgt aber daraus, daß ich es nicht schuldig sein kann. Die Obligation verläuft vielleicht im Sande, die Stipulation ist inutilis. Aber sie kann doch, rein *logisch* betrachtet, existieren, als das Band zwischen den Personen, das sie ist. Die Obligation enthält nur ein Soll; aber dieses auch, wenn der Schuldner insolvent ist und sein Konto im Schicksalsbuche lauter „Soll" und gar kein „Haben" verzeichnet.

Mit der reinen Logik hat unser Satz wohl auch weniger zu tun, als mit einem vagen Gefühl für die „Vernunft im Recht". Klarer wird bisweilen auf den „Vertragszweck" hingewiesen. Zweifellos beherrscht vernünftigerweise der Zweck das Recht. Die Gesellschaft als auf gemeinschaftlichen Interessen beruhende Organisation endigt, wenn die Erreichung ihres Zweckes unmöglich wird (§ 726). Aber die Unmöglichkeit der Erfüllung einer Gesellschafter-Verpflichtung gibt auch nach dem Gesetz, § 723, nur ein Kündigungsrecht. Der Vertragszweck, den man bei obligatorischen Ansprüchen im Auge hat, läßt sich gar nicht anders als vom Standpunkte des Gläubigers aus fassen. Er

---

Der Satz, daß bei Unvermögen der Schuldner ohne weiteres auf das Interesse hafte, ist neuerdings von Siber, Dgm. Jb. 50, 268 angegriffen. Vgl. aber gegen die Auslegung seiner Hauptstelle D. 19, 1 l. 55 Mélanges Gérardin (s. unten S. 193) S. 485; und auch im übrigen dürfte seine Beweisführung nicht überzeugen.

[1]) Nur in diesem Sinn paßt Dernburgs (a. O.): das Parlament kann aus einem Weib keinen Mann machen, und Ulpians D. 50, 17 l. 31: Verum est neque pacta neque stipulationes factum posse tollere. — *Τῶν δ' ἀδοκήτων πόρον ηὗρε θεός!* Eurip. Medeia 1415.

ist notwendig subjektiv charakterisiert und deckt sich mit demjenigen, was das Gesetz das Interesse des Gläubigers nennt, wenn es in §§ 280. 325 den Gläubiger berechtigt, bei teilweiser Unmöglichkeit den noch möglichen Teil der Leistung abzulehnen. Man mag nun allenfalls der Meinung sein, daß das Interesse fehle und daß dessen Mangel auf das Obligationsband selbsttätig einwirke, falls der Gläubiger das, was er aus der Obligation erhalten soll, bereits anderweitig hat oder erhält, obwohl ein allgemeiner Satz dieses Inhalts bereits auf naheliegende durch die Lehre vom Concursus duarum causarum unterstützte Bedenken stoßen würde. Findet aber vollends das Interesse des Gläubigers an der Leistung auch außerhalb des Schuldverhältnisses keine Befriedigung, so ist es gar nicht selbstverständlich, daß die Undurchführbarkeit der Leistung ohne weiteres gegen den Gläubiger wirken soll. Ob es nicht vielmehr in der Hand des Gläubigers liege, daß er aus der durch die Umstände herbeigeführten Veränderung seines Interesses die Konsequenzen ziehe, das zu bestimmen, ist mindestens Sache der gesetzlichen Ordnung. Dieser Gesichtspunkt führt zu der eben erwähnten Norm der §§ 280. 325 und vielleicht allgemeiner zu dem von manchen betonten Zurückweisungsrechte des Gläubigers wegen mangelnden Interesses.[1]) Er könnte auch dem Gläubiger in der einen oder andern Weise dazu verhelfen, daß er von dem wegen gänzlicher Unmöglichkeit für ihn nutzlosen Anfangsverhältnis loskomme, insbesondere daß er statt der unmöglichen Leistung den Schadensersatz begehren oder den Rücktritt wählen dürfe. Entsprechendes gilt von der Wandelung nach § 634 Abs. 2.

Löst man aber den *Schuldner* ohne weiteres von der Obligation ab, so sprechen offenbar weniger rechtsphilosophische, als rechtspolitische Erwägungen mit. Der *Staat* darf unter Umständen ein Urteil oder die Zwangsvollstreckung, die sich auf Unmögliches richten, verweigern. Doch warum und wann? Kein spezifisch privatrechtlicher Grund schlägt hier ein, sondern das Prinzip der Ökonomik der Rechtspflege. Die Organe des Staates sollen nicht zu zwecklosen

---

[1]) Dafür jetzt besonders Krückmann S. 238 ff. 285.

Maßnahmen herhalten. Aus diesem Gesichtspunkt dürfte in der Tat denjenigen Rechtsgeschäften die Sanktion zu versagen sein, die handgreiflich widersinnige Versprechungen enthalten. Die Stipulatio hippocentaurum dari verdient keinen staatlichen Schutz.[1]) Ferner hat die Exekutionsinstanz die Zwangsvollstreckung nur bis zur Feststellung der Unmöglichkeit zu treiben. Denkbar wäre es schließlich, auch für das Erkenntnisverfahren Entsprechendes abzuleiten. Wenn zweifellos *feststeht*, z. B. daß die geschuldete Sache untergegangen ist, so scheint es keinen Sinn zu haben, das Urteil noch auf die Sache zu richten. Würde diese Betrachtungsweise durchgreifen — und auf sie scheinen sich im Grunde die gegenwärtig verbreiteten Gedanken zu reduzieren — so wäre etwa eine prozeßhindernde Einrede gegen das klägerische Begehren auf Leistung am Platze. Allein man darf sich doch nicht nur um das schuldnerische und das vermeintliche öffentliche Interesse kümmern. Für den Gläubiger ist anerkanntermaßen[2]) das auf eine unmögliche Leistung gerichtete Urteil nicht an sich wertlos, wie ein Blick auf § 283 BGB. ergibt, welcher zugleich ein solches Urteil gestattet. Es fragt sich also nur, von welchen Fällen dies gelte. Ausgeschlossen ist es nicht, daß ein Gläubiger gar kein Interesse an dem Urteil habe; er *weiß*, daß die Leistung unmöglich ist und verlangt sie *lediglich*, um den Schuldner in einen überflüssigen Prozeß zu verwickeln. Für einen solchen gewiß ungewöhnlichen Fall der *Chikane* braucht man aber keinen besonderen Rechtssatz. Nehmen wir an, daß es das *Recht* des Gläubigers ist, das Petit auf die ursprüngliche Leistung zu stellen, so ist die Ausübung grundsätzlich nicht an den Nachweis eines Interesses gebunden, scheitert aber trotzdem nach § 226 BGB., wenn die Ausübung nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen. — Hiervon abgesehen, erübrigt demnach als Hauptfrage: Ist es immer Sache des Prozesses, zu untersuchen, ob Unmöglichkeit vorliegt? Dagegen spricht vor

---

[1]) Vgl. unten S. 227. — [2]) Vgl. bes. Titze, Unm. 30 f. 113, der auch mit Recht behauptet, dieses Urteil sei nicht nichtig. Schon darin liegt indessen eine prinzipielle Abweichung von der römischen Schullehre, vgl. D. 49, 8 l. 3.

allem das Interesse des Gläubigers, sich erst in der Zwangsvollstreckung selber von der Sachlage zu überzeugen. Dagegen sprechen aber noch viel gewichtigere Umstände. Ich behaupte geradezu, der Prozeß habe sich der Natur der Sache nach, und auch im geltenden Recht, das hierfür an keine Norm gebunden ist — mit jener Untersuchung grundsätzlich nur zu befassen, sofern entweder der Gläubiger sich auf die Unmöglichkeit stützt[1]) oder der Schuldner auf ihrem Grunde seine völlige, ersatzlose Befreiung geltend macht. Wenn man heute mit all den weitwendigen und, wie dickleibige Bücher zeigen, unendlich schwierigen Fragen, ob Unmöglichkeit oder Unvermögen oder Möglichkeit, ob dauernde oder zeitweilige, gänzliche oder teilweise Unmöglichkeit bestehe, jeden Prozeß belasten will, wo es dem Schuldner beliebt, sich auf die Unmöglichkeit zu berufen, oder wenn man sogar das Versäumnisverfahren damit beschweren will, so ist doch gar nichts anderes maßgebend, als immer wieder die begriffliche Erwägung, daß eben die dauernde Unmöglichkeit und nur sie den Forderungsgegenstand verwandle. Mit den Früchten dieses Lehrsatzes müssen wir uns noch ein wenig befassen.

1. *Die Klage auf Naturalerfüllung* bei objektiver Unmöglichkeit wird jetzt wie im gemeinen Recht fast einstimmig abgelehnt[2]); soweit ich sehe, stets deshalb, weil das Forderungsrecht nicht auf Unmögliches gehen könne. Bleibt man dem Prinzip treu, und führt man nicht eine Abweichung „aus praktischen Gründen“[3]) ein, so gilt dann

[1]) Nach Kisch, Unm. 125, soll aus dem Fortbestand der Leistungspflicht notwendig folgen, daß der Gläubiger nicht auf Geld klagen darf. Deshalb lehnt Kisch die Grundanschauung selbst ab. Ich kann die Richtigkeit des Schlusses nicht einsehen. Der Gläubiger muß ja nicht immer nur ein einziges Recht haben; § 325 gibt ihm ein ganzes Bündel von Rechten. — [2]) Vgl. Oertmann, Schuldv. [2] 84. — [3]) So Kisch, Unm. 126: „Die Erfüllungsklage ist statthaft, nicht weil das bestehende Unvermögen den Leistungsgegenstand unberührt läßt, sondern weil die Tatsache des Unvermögens erst noch mit allen Mitteln des Prozeß- und Zwangsvollstreckungsverfahrens ermittelt werden soll.“ Aber: 1. Diese Feststellung kann bisweilen sofort geschehen und es fragt sich, ob man sie zulassen soll; 2. derselbe Grund paßt auf die objektive Unmöglichkeit.

die gleiche Ablehnung auch bei einem Unvermögen.[1]) Nun ist aber das Bedürfnis nach einer solchen Klage kaum bestreitbar. Es wird zwar bei den deutschen Gerichten nicht oft vorkommen, daß bei einer durch den Beklagten verschuldeten Unmöglichkeit nicht bloß die Klage auf die ursprüngliche Leistung abgewiesen, sondern der Kläger sogar in die Kosten verfällt wird[2]); obgleich man zu lehren pflegt, daß bei Wegfall des Anspruchs vor der Klageerhebung der Kläger die Kosten unbedingt trägt.[3]) Auch mag die Änderung des klägerischen Vorbringens nach ZPO. § 268 Z. 3 und die eventuale Verbindung der Ansprüche auf ursprüngliche Leistung und Schadensersatz arg. ZPO. § 260 eine gewisse Abhilfe gewähren. Aber das Bedürfnis nach der Klage auf Naturalerfüllung bleibt unverkennbar, wenn man dem Gläubiger die Vorteile des § 283 voll sichern will; es stellt sich in größter Schärfe ein, wenn der Gläubiger den Geldersatz noch gar nicht will, z. B. weil er die Unmöglichkeit bestreitet oder sie für eine vorübergehende hält oder weil er seinen Schaden später besser nachweisen zu können glaubt.[4]) Mit welchem Rechte nimmt man ihm die

[1]) Oertmann a. O. — [2]) Dies ereignet sich aber in Österreich, was Krasnopolski, Die Verjährung der Entschädigungsklagen nach österr. Recht, Öst. Zentralblatt f. d. jur. Prax. 25, 1907, Heft 3 (Sep. A. 57) mit treffenden Worten als das Rechtsgefühl verletzend rügt. Vgl. zur Kostenfrage jetzt bes. Krückmann 185 ff., der S. 187 mit Recht darauf hinweist, daß auch bei befreiender Unmöglichkeit der Schuldner bis zum Beweise die Kosten tragen muß. — [3]) Vgl. Stein, ZPO., 8.—9. Aufl., 1906, zu § 91 N. 11 u. S. 260. Übrigens wird, wenn der Gläubiger seinen Antrag auf die Kosten beschränkt, die Analogie des § 268 Z. 3 ZPO. angerufen. Man könnte also doch wohl den Gläubiger hiezu berechtigen, nicht bloß wegen der Ereignisse, die nach der Klageerhebung *eintreten*, sondern so wie man es bei § 268, 3 tut, auch wegen der dem Gläubiger erst nach diesem Zeitpunkt *bekannt gewordenen* Ereignisse. — [4]) Daß das Urteil auf Schadensersatz den Erfüllungsanspruch dauernd beendigt, darin bin ich mit Kisch, Unm. 125 N. 6 einig. (And. Mein. freilich Siber 227.) Denn das Urteil geht bereits auf Geld, und soweit etwa dem Gläubiger ein Feststellungsurteil über das Bestehen des Ersatzanspruches ohne Angabe eines Betrages erreichbar wäre, dürfte man nicht unter dem „Schadensersatz" nachträglich die tunliche Wiederherstellung verstehen. Auch nützt nicht einmal (einstweilen) in dem im Text zuletzt genannten Fall eine bejahende Vorabentscheidung über den

Befugnis, dennoch ein rechtskräftiges, den Beklagten verurteilendes und nicht bloß dessen Verbindlichkeit als eine zukünftige oder bedingte anerkennendes Urteil? Ein Feststellungserkenntnis, das auf eine bloß zukünftige[1]) Leistungspflicht gerichtet ist, wäre überdies geradezu materiell falsch, wenn sich hinterdrein herausstellt, daß die Unmöglichkeit gar nicht besteht. Am meisten zu bedauern sind bei all den Finessen der herrschenden Lehre die Gerichte. Das Einfachste ist bei weitem das Beste: so lange der Schuldner nicht seine endgültige völlige Befreiung nachgewiesen hat — in welchem Falle das Gesetz allerdings Aufschub der Entscheidung wegen der subjektiven Zweifel des Gläubigers nicht gestattet — muß dem Gläubiger auf sein Begehren das kondemnierende Urteil erteilt werden. Merkwürdigerweise ist dies gegenwärtig in einer sehr einsichtigen Reichsgerichtsentscheidung (E. 54, 28) und zwar gerade in einem Falle objektiver Unmöglichkeit gebilligt, wo man meinen sollte, daß nach der Doktrin vom Ipso jure-Erlöschen der Verbindlichkeit jeder die Unmöglichkeit anrufende Beklagte den Klagegrund (qualifiziert) leugnet. Aber das Reichsgericht hat diesen Widerspruch[2]) nicht hinreichend erkannt, wenn es meint, sich auf die „allseits anerkannte" Fortdauer des ursprünglichen *Schuldverhältnisses* stützen zu dürfen.

Die Beklagte hatte Rotationsdruckpapier in specie zu liefern, stellte aber in der erstinstanzlichen Verhandlung unter Beweis, daß das Papier längst verbraucht sei. Sie wurde ohne Eingehen auf diese Behauptung zur Leistung verurteilt. Die Revision hebt hervor, daß der Kläger irgendwelchen Schaden nicht werde nachweisen können. Das RG. verwirft die Revision. „Die Unmöglichkeit wäre" — wenn die Tatangaben richtig sind — „von der Beklagten selbst nach Entstehung ihrer Verpflichtung durch eine vertragswidrige Hand-

Grund des Schadensersatzes gemäß ZPO. § 304. Um eine solche zu fällen, muß das Gericht davon überzeugt sein, daß ein Schaden entstanden ist, Stein a. O. S. 720 N. 30.

[1]) Krückmann 102: „Der Gläubiger kann *selbstverständlich* nicht auf die Leistung als auf eine gegenwärtige klagen." — [2]) Gegenteilig meint Siber 225, das RG. halte die materiell- und prozeßrechtlichen Fragen noch nicht genug *auseinander*.

lung herbeigeführt, und deshalb dürfte sie sich hierauf nicht berufen." „Die Vollstreckung eines Urteils, das nicht vollzogen werden kann, verbietet sich freilich von selbst, und ebenso ist es richtig, daß ein Urteil auf eine Leistung, dessen Unmöglichkeit bereits feststeht, nicht zu erlassen ist. Ganz anders liegt dagegen die Sache, wenn die Unmöglichkeit zwar behauptet, aber noch nicht erwiesen ist." Aber der Schuldner wird gar nicht zum Beweise zugelassen: „steht schon fest, daß der Schuldner die Unmöglichkeit, *wenn* solche vorliegen sollte, zu vertreten, vielleicht gar selbst herbeigeführt hat, so darf er sich hierauf nicht berufen, um den Gläubiger zu zwingen, seinen Schaden nachzuweisen, ohne den in § 283 ihm eröffneten Weg einzuschlagen. Dieser Weg aber bietet dem Gläubiger einen besonderen Vorteil".[1]) Die Entscheidung hat ihren guten Sinn. Aber man bedenke: die Unmöglichkeit verhindert angeblich das Urteil auf die Leistung, und der Schuldner wird mit seinem auf Feststellung dieses erheblichen Umstandes gerichteten Antrage abgewiesen! Die Unmöglichkeit darf eben nicht relevant sein[2]); sie ist es aber nur dann nicht, wenn die Leistungspflicht ihr zu Trotz besteht. Alle Versuche, diese Folgerung zu vermeiden, laufen auf eine mindestens völlig neuartige Auffassung des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozeß hinaus.

2. *Konstruktion.* Nichts hindert uns, selbst im Rechte des BGB. anzunehmen, daß bei Unvermögen, aber auch bei objektiver, den Schuldner nicht total befreiender (§§ 306. 275) Unmöglichkeit der Anspruch auf die Leistung unverändert andauere. Begnügt man sich freilich mit der an sich richtigen Bemerkung, der Interesseanspruch gehe auf ein Surrogat der

---

[1]) Das Reichsgericht erblickt diesen Vorteil allerdings auch oder nur darin, daß der Gläubiger nach Ablauf der Frist den Geldbetrag fordern könne, „der dem Wert der ausgebliebenen Leistung entspricht, und der Nachweis, daß der Gläubiger keinen oder doch nur geringeren Schaden gehabt habe, ist nunmehr Sache des Schuldners". S. hiergegen Kipp b. Windscheid [9] 2, 100: Das verum pretium sei immer Minimum des Schadens. Jedenfalls gewinnt der Gläubiger Zeit, und erspart auch an Beweis z. B. wenn der Schuldner teilweise Unm. einwendet, er selbst darauf völlige behauptet. —
[2]) Ebenso Planck [3] 2, § 275, 7.

Leistung, so bleibt noch einige Unklarheit über das rechtliche Verhältnis der Ansprüche des Gläubigers zurück. Unbeschadet der Zweifelsfrage, ob § 325 Alternativobligationen oder facultates alternativae mit Wahlrecht des Gläubigers bestimme, dürfen wir aber sagen, daß diese Ansprüche, — entstehend zufolge der Schuldverletzung im Vereine mit den sonstigen Voraussetzungen — in einem Verhältnis analog dem, wie es unter ihnen besteht, *neben* den alten Anspruch treten.

Ob für diese Konstruktion die Erlaubnis der ZPO. zur Änderung des Begehrens und die Beweisverteilung des § 282 als Konsequenzen in Anspruch zu nehmen seien[1]), bleibe dahingestellt, da *diese* Prozeß- und Beweisfragen nicht so ganz notwendig mit begrifflichen Erwägungen zusammenhängen. Aber während im gemeinen Recht mit seinem alles beherrschenden Interesse-Anspruch die Theorie der Forderungsverwandlung noch ein leidliches Gesamtbild ergab, — ein Anspruch mit wechselndem Objekt[2]) — begegnet sie gerade heutzutage, wo sie fast allseitige Billigung findet, einem sehr beträchtlichen Hindernis. Sehen wir selbst von dem schon besprochenen Rechte des Gläubigers ab, den Weg des § 283 zu beschreiten, so erübrigt noch § 325, der nebst dem Interesse-Anspruch dem Gläubiger eine Reihe anderer Ansprüche gibt, und demnach die Frage aufwerfen läßt: In was „verwandelt" sich denn eigentlich heutzutage der „Gegenstand" der Obligation durch die Schuldverletzung? Gewiß nicht in das Interesse, da es erst noch von der Wahl des Gläubigers abhängt, ob er nicht z. B. zurücktritt. Den neuen *Anspruchs*gegenstand, der noch völlig ungewiß ist, die alte Leistung ablösen lassen, das ergäbe wohl das Monstrum einer Konstruktion, die auszudenken denn auch niemand bis zur Stunde Lust gezeigt

[1]) Enneccerus, Bürg. R. 1, § 197 N. 1 beruft sich darauf zugunsten seiner aus besondern Gesichtspunkten hergeleiteten, aber der hier vertretenen nahe stehenden Lehre und im Einklang mit Friedrich Mommsen, Beiträge 1, 229 f., welcher an der allgemeinen Geltung der perpetuatio obligationis nicht gezweifelt hat. Vgl. aber Oertmann § 282, 1. — [2]) Vgl. Windscheid § 264 N. 7. Die meisten glauben auch heute einfach behaupten zu dürfen, daß sich das Schuldverhältnis in eine Schadensersatzpflicht „umsetzt" (so Siber, Rechtszwang 156).

hat.[1]) Es ginge höchstens an, das *Schuldverhältnis* mit anderen Ansprüchen existierend zu denken.[2]) Und wenden wir dies etwa auf § 437 oder das anfängliche Unvermögen an, so ergibt sich, daß die parteigemäße Vereinbarung der Leistung, für die allein zunächst auch Pfänder oder Bürgen bestellt werden, keinen Anspruch auf diese Leistung, aber sofort völlig anders geartete Ansprüche erzeugt, eine nicht unmögliche, aber schwerlich eine gesunde Auffassung vom Schuldverhältnis und den darin enthaltenen Ansprüchen, dèr zahlreiche Schriftsteller offenbar entweichen wollen, indem sie den Begriff oder die Wirkung gerade des *anfänglichen* Unvermögens leugnen.

Aber selbst, wenn man nur den Interesse-Anspruch in Erwägung zieht, so darf man wohl an dem innern Zusammenhang zweifeln, den die Schuldverletzung an sich mit dem Obligationsbestande besitzen soll. Der Schaden beginnt frühestens mit der Nichterfüllung zu entstehen und wickelt sich von da fort in vielleicht sehr langer Kausalreihe ab. Seine ganze Entwicklung ist für die Ersatzpflicht maßgebend, solange der Gläubiger nichts dazu tut, das Interesse zu fixieren, wie es durch Fristsetzung oder durch die Schadensersatzklage mit darauffolgendem Urteil geschieht. Das Unmöglich-Werden der Erfüllung kann vor der Fälligkeit der Forderung erfolgen und später, aber in einem Zeitpunkt, wo ein Schaden des Gläubigers noch gar nicht besteht. Umgekehrt kann der Schaden, den man in diesem Zeitpunkt entstanden glaubt, später wegfallen. Endlich gilt nicht einmal das Ausbleiben der Erfüllung als schadenverursachend, wenn der Schaden, den sie hätte herbeiführen können, nachträglich durch ein zwischentretendes Ereignis herbeigeführt wird. So ist die Forderung des Schadensersatzes nicht notwendig bereits mit der Schuldverletzung ein Anspruch im Sinne eines Rechtes, „jetzt oder nach Eintritt der Fälligkeit eine Leistung zu verlangen"[3]);

[1]) Nicht hieher gehört wohl Hölder, D. Jur. Ztg. 5, 101, welcher trotz des Wechsels des Gegenstandes *Identität* des alten und neuen Forderungsrechts annimmt. Aber auch gegen ihn dürfte das Argument aus § 325 gelten. — [2]) So Hellwig, Zivilprozeßrecht 1, 197, der dagegen beim Verzuge klarstellt, daß der weitere Anspruch zu dem ursprünglichen *hinzukommt*. — [3]) Definition Hellwigs, ZPR. 1, 218.

die Entstehung des Schadens ist ja der Grund, nicht eine Betagung oder Bedingung dieser Forderung. Und würde der Vertragsbruch des Schuldners den Anspruch auf die ursprüngliche Leistung vernichten, so würde sich zwischen Fälligkeit und Schadensentstehung, die überdies sukzessive vor sich geht, ein Vakuum breiten können, und dies herbeizuführen, läge in der Hand des Schuldners.

3. Um Konstruktionsschönheit allein handelt es sich aber natürlich nicht, da das Vorhandensein eines Anspruchs prozessual und materiell Bedeutung besitzt. Um dies jedoch noch besonders zu illustrieren, möchte ich die ebenso wichtige als bekannte Streitfrage heranziehen, inwieferne fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen berücksichtigt werden könne.[1]) Denken wir an das allerbekannteste, schon vorlängst im gemeinen Recht erörterte Beispiel[2]) des

[1]) Über dieses zuerst von Zimmermann im J. 1858 aufgeworfene, später von Crome, Partiar. Rechtsgesch. 300—311, Hellwig, Vertr. auf Leist. an Dritte 82—92, und besonders eindringend von v. Tuhr, Grünhuts Zschr. 25, 529—584 (cf. Krit. Vjschr. 43, 582—589), behandelte Problem unterrichtet man sich am besten aus der schönen Abhandlung von Regelsberger, Dogm. Jahrb. 41, 251 und neuerdings aus den lehrreichen Ausführungen von H. A. Fischer, Der Schaden (O. Fischers Abh. 11, 1), 76—114. — [2]) Vgl. Regelsberger 270 f. Andere Beispiele: Der Spediteur kontrahiert im Interesse des Auftraggebers, der Verkäufer in jenem des Käufers mit dem Frachtführer. Der gutgläubige Besitzer A der Sache des X deponiert bei B, welcher dieselbe schuldhaft zerstört. A, Mandatar des X, substituiert sich den B befugterweise und ohne culpa in eligendo, B wird aus Verschulden haftbar.

Eine Reihe von Fällen scheidet bekanntlich aus vielerlei Gründen aus: alle, wo ein eigenes Interesse des Gläubigers konstruierbar ist (Tuhr 535—541), und praktisch scheiden aus die Fälle, wo der Schuldner nicht die Interesselosigkeit des Gläubigers beweisen kann; ferner alle Fälle, wo es sich nicht um einen Schadensersatzanspruch handelt (Rücktritt, ädilitische Rechtsmittel, Konventionalstrafe im gewöhnlichen Sinn, zweifelhafter aber der Anspruch auf den Sachwert). Und zunächst ist hier nur an den Schadensersatzanspruch wegen Vertragsbruchs gedacht. Vgl. unten S. 191.

Es sei aber gestattet, bspw. eines Falles zu gedenken, der in der erbrechtlichen Literatur besprochen wurde. Der Vermächtnisbeschwerte A hat dem X ein bestimmtes dem B gehöriges Wertpapier zu verschaffen, kauft es dem B ab, während es bereits zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist, ohne daß jedoch A dies wissen muß, und liefert es dem X. Strohal, Erbr. [3] 1, 245 N. 1

Einkaufs-Kommissionärs, der einem vertragsbrüchigen Verkäufer gegenübersteht. Der eigene Schaden des Kommissionärs ist gewöhnlich geringfügig und darf im weiteren außer Betracht bleiben, sehr bedeutend kann derjenige des Kommittenten sein. v. Tuhr und Regelsberger haben die Zwickmühle, die sich auftut, sobald man den Schuldner haftbar machen will, anschaulich geschildert. Klagt der Kommittent, so antwortet ihm der Schuldner: tecum non contraxi. Klagt der Kommissionär, so heißt es: tua non interest. Die Römer haben sich hierüber allerdings, wie man lehrt, hinweggesetzt; sie ließen die Theorie der actio inanis aushelfen, die actio des Gläubigers konnte von dem Dritten als Zessionar mit seinem Interesse, seinem Anspruch ausgefüllt werden. Es ist hier nicht der Ort, auf die Rechtsgeschichte einzugehen. So viel ist klar: Haben die Römer diese Theorie wirklich gehabt, so ist die Verpflanzung einer Einrichtung, die auf dem eigenartigen Aktionenwesen der Römer beruht, in das moderne Recht nicht zulässig.[1]) Mit der leeren Klage, dem inhaltslosen Anspruche des Zedenten kann auch der Zessionar nichts ausrichten. Er kann nicht mehr Recht haben als der Zedent. Die Konstruktionsschwierigkeit, die sich aus dem mangelnden Interesse des Gläubigers und der mangelnden Beziehung des Dritten zu dem Schuldverhältnis ergibt, scheint also unüberwindlich. Und doch dürfen wir zweifellos nicht hinter den Römern zurückbleiben, empört es sicherlich das Rechtsgefühl, den Schuldner sich des Zufalls, daß ihm ein Träger fremden Interesses gegenübersteht, freuen zu lassen. Zur Erfüllung konnte er mit Personalexekution angehalten werden. Wenn er die Erfüllung vereitelt, sollte er frei ausgehen?

---

a. E. entscheidet, daß sich der Bedachte damit begnügen muß, daß A ihm außer dem Papier seinen Anspruch gegen B aus § 437 Abs. 2 überläßt. Ein „Haftungsinteresse" des A besteht also nicht; welchen Inhalt hat der abgetretene Anspruch? Analoge Fälle des Vermächtnisrechts lassen sich natürlich leicht konstruieren.

[1]) Anders freilich neuerdings Fischer, Schaden 103 ff. Aber wenn die von ihm angerufenen §§ 281, 255 u. a. (vgl. auch HGB. § 384, 2) in einzelnen Fällen wirklich die erstrebte Zessionsmöglichkeit gewähren sollten, so ersparen sie uns doch nicht die organische Erklärung des Resultates. Mit dieser ergibt sich aber doch wohl erst die Grenze der Auslegung, namentlich auch des § 281.

Nun sind aber alle Schriftsteller davon ausgegangen, daß der Anspruch des Kommissionärs keinen Inhalt habe. Das ist nur richtig, wenn die Schuldverletzung den Gegenstand in das Interesse verwandelt.[1]) Ebendies ist kaum die Auffassung der Römer, und leugnen wir diese Voraussetzung bei objektiver Unmöglichkeit und umsomehr beim Verzuge, so ist jenes Problem in der bisher schwierigsten Partie sehr wesentlich vereinfacht. Von vornherein ist es gerade hier recht deutlich, wie wenig die Schuldverletzung unmittelbar mit dem Schuldband zu tun hat. Der Schaden entsteht erst durch die Nichterfüllung. Wen aber der Schuldner durch die Folgen seines Nicht-Leisten-Wollens oder der Vereitlung der Erfüllung schädigt, das kann er in Anbetracht des Rechtsinstituts der Zession niemals wissen.[2]) Denn der Vertragsbruch des Schuldners wird doch wohl nicht nach Analogie eines Rechtsgeschäfts behandelt werden, das er bis zur Denunziation mit dem ersten Gläubiger abschließen darf (§ 407). Warum sollte es dann undenkbar sein, auch nach der Schuldverletzung die ursprüngliche Forderung abzutreten? Dauert diese fort, so gibt ihre Abtretung dem Dritten die Befugnis, den Schadensersatz auf sein eigenes Vermögen zu projizieren.

Aus dem inneren Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Dritten kann aber der Zwang zur Zession[3]) folgen. Denn was von jenem Verhältnis gilt, reflektiert auch auf dieses. Ein Verkäufer, ein aus einem Schenkungsversprechen Verpflichteter hat nach § 281, ein Beauftragter nach § 667 die Ersatzforderung abzutreten; der Beauftragte ist auch nicht z. B. dadurch befreit, daß er erlaubterweise den Auftrag weitergab, und auch nicht dadurch, daß der Substitut sich die Erfüllung unmöglich machte.[4])

---

[1]) Dies hat Tuhr 558 treffend betont. — [2]) Insoweit ist der Gedanke des Reichsgerichts E. 39, 254 zutreffend. — [3]) Freiwillige Zession liegt möglicherweise bereits in dem Rechtsgeschäft, vermöge dessen etwa der Gläubiger aufhört, der Dritte anfängt, an der Leistung interessiert zu sein; so möglicherweise in dem Weiterverkauf der Sache, wo die Frage des sog. springenden Regresses auftritt. Vgl. vorläufig meine Haftung des Verkäufers 1, 246. — [4]) Dies wäre die m. E. entsprechende Erklärung von D. 17, 1 l. 8 § 3, wenn nicht dort der Satz: tenetur, quia agere potest ein Glossem ist, wie in einer

Ist die Zession der ursprünglichen Obligation zulässig, so kann umgekehrt auch erst zufolge unserer Grundanschauung der erste Gläubiger als Bevollmächtigter des Dritten dessen Schaden einfordern. Die Praxis betrachtet den Kommissionär als Bevollmächtigten des Kommittenten.[1]) Aber hätte dieser selbst keine Rechte, so könnte das Auftreten in seinem Namen auch nichts nützen.

Alles dies geht nicht aus einer Begriffsspielerei hervor, sondern aus dem Wesen der Sache. Hat es stets das Rechtsgefühl erbittert, daß der Anspruch auf Erfüllung zustehen, derjenige auf Schadensersatz aber nicht zustehen sollte, so liegt gerade in der richtigen konstruktiven Verknüpfung der beiden Ansprüche auch die Lösung der Schwierigkeit. Wie viel aber damit gewonnen ist, ergibt sich leicht gegenüber den bisherigen Versuchen, das Interesse des durch das Obligationsband nicht berührten Dritten — dem Begriffe des Schadensersatzes als Vergütung des Schadens des Gläubigers zuwider — in den Kontraktsanspruch einzuführen. Diese Versuche lassen überdies notwendig auch die Grenze vermissen, da sie, vom gewohnten Systeme weit abbiegend, vergebens nach einem zweiten Rechtssatz verlangen, der aussagen würde, wie beschaffen das Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Dritten sein müsse.[2]) Ist die Zession genügend und erforderlich,

---

vor Jahren gefallenen mündlichen Äußerung Herr Prof. Wlassak vermutete. Jedenfalls aber dürfte man sachlich die einschlägigen Quellenstellen besser mit dem Gedanken des Textes erklären, als mit Regelsberger 277, der von einer Abwälzung des Schadens des ersten Beauftragten auf den zweiten spricht.

[1]) Nach ROHG. 11, n. 86. — [2]) Dies gilt besonders von Tuhr 567, welcher dem materiell Geschädigten, in was immer für einem Rechtsverhältnis er zum Gläubiger stehen mag, den Ersatzanspruch zuteilt; und noch mehr von Fischer, falls derselbe etwa auf ein Rechtsverhältnis überhaupt verzichtet, wie es die *Fassung* seines Beispiels S. 79 (A bestellt für seine Schwiegertochter eine Torte, „die er ihr zum Geschenk machen will" und die ausbleibt) nahelegt. Hellwig (zustimmend Kipp bei Windscheid [9] 2, 70) gründet die Haftbarkeit auf den Vertragswillen, nach dem das fremde Interesse Vertragsgegenstand sei. Dies wird hinwieder „dem Bedürfnis nicht gerecht" (Regelsberger 269; Tuhr, Kr. Vjschr. 43, 585; Fischer 99). Dagegen dürfte die vorsichtige Formulierung Regelsbergers 274 Z. 3 ungefähr

folgt der Zwang zur Zession aber nur aus allgemeinen Grundsätzen, so hängt der Dritte von seinem Verhältnis zum Gläubiger ab. Und dies ist auch das Sachgemäße. Denn so angebracht es ist, daß der Schuldner nicht aus einem Zufall Vorteil ziehe, so angezeigt ist es umgekehrt, daß der Dritte, z. B. ein Schenknehmer, nicht den für ihn, den Dritten, zufälligen Umstand, daß der Gläubiger, der Schenker, eine Regreßklage hat, gegen dessen Willen ausnütze; das Interesse allein gibt noch keine Rechte. A. kauft eine Sache von B. und schenkt sie an X. Wird diese Sache dem X. evinziert, so wird doch der Schenker es in der Hand behalten dürfen, ob er den Schaden dem Verkäufer oder dem Beschenkten auferlegen will.[1])

Freilich enthält aber die hier verteidigte Konstruktion zugleich eine weitere Begrenzung des angestrebten Rechtssatzes, nämlich die feste Beschränkung auf das bisher von der Praxis ausschließlich, von der Literatur vorwiegend behandelte Problem des Schadensersatzes aus Vertragsbruch[2]); aber dies möchte ich als einen weiteren Vorzug ansehen. Wie weit überhaupt ein Bedürfnis dafür vorliege, mit dem Interesse eines Dritten den Schadensersatzanspruch aus Versprechen (Garantie) oder kraft Gesetzes anzufüllen, ist bisher kaum noch untersucht.[3]) Und dabei wäre ja zu er-

---

auf das im Text Gesagte hinauslaufen: „wenn der Gläubiger infolge der Vertragsverletzung seinerseits nicht leisten kann, wozu er gemäß seinem Rechtsverhältnis zu dem Dritten an sich verpflichtet ist". Wenn „an sich" bedeutet „ohne Vertragsverletzung des Schuldners", so ist eben damit ausgesprochen, daß die Vertragsverletzung ignoriert wird. R. spricht freilich dem Gläubiger selber den Ersatz zu.

[1]) Daß § 281 hierüber nichts aussagt, bedarf wohl keiner Ausführung. — Von anderem Ausgangspunkt aus (vgl. Haftung des Verk. a. O.) entscheiden die Franzosen seit Troplong Vente n. 429 ebenso: Der Schenker darf nicht gezwungen werden, gegen den Verkäufer zu klagen; nur wenn er es will, il n'y a pas de fin de non-recevoir contre lui. — [2]) Die sinngemäße Anwendung auf die anfängliche Unmöglichkeit, namentlich auf den Erwerb eines nicht bestehenden Rechtes (§ 437) im Interesse eines Dritten, ergibt sich von selbst. — [3]) Fischer, Schaden 90, weist zum erstenmal auf das bei Deliktsschulden auftauchende Problem hin, glaubt aber den Satz der herrschenden Lehre uneingeschränkt auch auf dieses anwenden zu dürfen. — Über Subsumtionszweifel darf ich mich hier nicht äußern. Ich

wägen, daß ein unmittelbar auf Ersatz des Schadens gerichtetes Versprechen nach seinem konkreten Sinn ausgelegt werden muß und daß daselbst sowie bei gesetzlicher Haftung, z. B. aus Delikt, da der Haftungsgrund nicht in der Nichterfüllung einer Leistungspflicht besteht, auch die einheitliche Charakterisierung des Anspruchsinhaltes fehlt. Der aus dem Delikt entstehende Anspruch projiziert sich ferner von selbst auf das Vermögen des Beschädigten, eine von früherher datierende Zession ist undenkbar. Umgekehrt aber darf sicherlich der Delinquent noch viel weniger als der Vertragsschuldner sich auf ein Rechtsverhältnis berufen, das den Gläubiger in die Lage setzt, seinen Schaden auf einen Dritten abzuwälzen, wie den Versicherungsnehmer auf die Versicherungsanstalt. Ein Rechtssatz, der nicht schon in der Logik unseres Systems begründet ist, und nach welchem grundsätzlich der durch ein Delikt geschädigte Dritte einen über den Sachwert hinausgehenden eigenen Schaden begehren dürfte, erscheint wohl recht bedenklich; es darf dafür auf die bekannte anläßlich des § 823 Abs. 1 geführte Kontroverse verwiesen werden, die ergeben hat, daß es weit über das Ziel schießen würde, für alle deliktische Schädigung eines obligatorischen Rechtes haften zu lassen.

Eine letzte Frage, über die hier noch nicht entschieden ist, bleibt dann die, ob das heutige Recht aus dem Zessionszwang eine cessio legis machen dürfe, eine Frage, die sich in vertrauteren Bahnen bewegt. Aber gegen die Bejahung spricht, daß der Mittelsmann in die Lage gesetzt sein muß, sein Verhältnis zum Dritten, seine Einreden und Gegenforderungen nach allgemeinen Grundsätzen auszutragen. Der Fall der Insolvenz des Mittelsmannes bleibt daher freilich ohne befriedigende Lösung, aber daß dieser Fall eine weit

---

meine aber, daß es nicht allzuschwer sein dürfte, den Anspruch des Käufers aus arglistigem Verschweigen, §§ 463 Satz 2, 480 Abs. 2, angemessen zu behandeln; denn selbst, wenn er wirklich ein gesetzlicher Anspruch sein sollte, was im Hinblicke auf das römische Recht zu bestreiten ist, so würde er doch wenigstens nach Analogie der kontraktlichen Ansprüche auf Erfüllung zu beurteilen sein; und noch näher steht denselben der Schadensersatzanspruch aus der Zusage nicht vorhandener Eigenschaften der Kaufsache, mag man die Zusage als Garantie oder als Leistungsversprechen auffassen.

über das besprochene Problem hinausreichende Bedeutung hat und demnach in anderem Rahmen zu erledigen ist[1]), dürfte gerade aus v. Tuhrs erster einschlägiger Arbeit „actio de in rem verso" erhellen.[2])

III. Geschichtlicher Ursprung der Lehre.

Fr. Mommsen hat sich bemüht, die Stipulation und die negotia bonae fidei auseinander zu halten, aber dem Zuge seiner Zeit folgend schlug er trotzdem alle Quellenstellen über einen Leisten. Hartmann, dies tadelnd, legte neben Pernice den Grund für die neuere geschichtswissenschaftliche Auffassung der Kulpalehre. Aber auch er bewegte sich in der Vorstellung, als wären die römischen Rechtssätze, welche Mommsen unter der Rubrik der Leistungsunmöglichkeit vereinigt hatte, überwiegend[3]) nur durch die geschichtliche und sachliche Sonderart der verschiedenen Obligationen abgewandelte Äußerungen eines und desselben Gedankens; Hartmann fand diesen in der Beobachtung der „Spannkraft der Obligation".

Die römischen Quellen verdienen eine neuerliche eingehende Behandlung. Ich habe andern Orts[4]) dieselbe unternommen und erlaube mir hier nur die Ergebnisse zusammenzufassen, unter Beifügung des einen oder anderen Quellenbelegs, mehr zur Verdeutlichung als zum Beweise.

1. Der älteste uns bekannte in die Lehre einschlagende Rechtssatz hat seine Heimstätte in der republikanischen Theorie der Stipulation auf dare. Er lautet dort, wo man

---

[1]) Auch von einer andern Frage gilt dasselbe: von dem Schutz des Schuldners gegen übermäßige Ansprüche des Dritten, mit denen er nicht zu rechnen brauchte. Da der Schuldner heutzutage auch die Verhältnisse des ursprünglichen Gläubigers nicht zu übersehen und den Einfluß der Nichterfüllung auf dessen Vermögen nicht zu berechnen vermag, so sind auch für das Dritt-Interesse §§ 252, 254 genau so passend oder unpassend formuliert wie für das Interesse des Mitkontrahenten. Vgl. auch Fischer a. O. 90 f. — [2]) Ein dahin gehöriger Fall z. B. auch bei Strohal, Erbrecht [3] 1, 226, N. 9. — [3]) Vgl. unten S. 225 v. N. 3. — [4]) „Origine de la règle: impossibilium nulla obligatio", Mélanges Gérardin, Paris 1907, p. 473. Dogmatische Fragen sind dort nur am Eingang und Schluß der Abhandlung berührt, um die aktuelle Bedeutung des Themas anzudeuten und damit dessen Begrenzung zu rechtfertigen.

zunächst an andere als körperliche, sinnlich wahrnehmbare Sachen nicht dachte, einfach dahin, daß diese Sache wirklich existieren müsse. Dieser Satz galt ebenso beim Damnationslegat, aber auch im Kaufrecht; ja gerade in letzterem ist er von den Juristen deutlich auseinandergelegt, z. B. noch von Pomponius ad Sabinum D. 18, 1 l. 8 pr. Nec emptio nec venditio sine re, quae veneat, potest intellegi. Res ist körperlich vorhandene Sache; Ausnahmen werden gemacht für künftige Sachen: et *tamen* fructus et partus futuri recte ementur, und für den Hoffnungskauf (§ 1): aliquando tamen et *sine re* venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. In einen Gegensatz zu der letzteren Ausnahme wird es gestellt, daß die hereditas vivi aut nullius als eine nicht wirklich existierende Sache (D. 18, 4 l. 1) kein taugliches Objekt bildet (l. 7. 8 eod.). Die Erbschaft pflegt eben noch im klassischen Recht mit den körperlichen Sachen zu gehen, obwohl sie dort res incorporalis heißt.

2. In den Digesten tritt im übrigen dieser Satz in einer Einkleidung auf, die den Ausdruck „rerum natura" verwendet; ursprünglich ein philosophischer Begriff, doch den Römern zum mindesten seit des Lucretius bekanntem Lehrgedicht sehr vertraut, und an sich seither kaum mehr, als abgegriffene Münze. Von wann diese vermutlich neuere Formulierung datiert, ist ungewiß; vielleicht gebrauchte sie Ofilius, sicher Labeo.[1] Das beste Bild davon gewährt aber Just. Inst. 3, 19 § 1: At si quis rem, quae in rerum natura non est aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio — in Verbindung mit Gai. 3, 97: Si id quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio. Wie wir durch Gradenwitz[2] wissen, ist rerum natura den römischen Juristen die körperliche Welt. Für die Speziesobligation ist also gefordert, daß ihr Gegenstand in der Körperwelt sei, sonst sagt man: dari non potest. Die Variante: res quae in rerum natura esse non potest bezieht sich auf die Genus-Stipu-

[1]) D. 33, 6 l. 7 § 1 cf. 35, 1 l. 40 § 4; auch 5, 1 l. 28 § 5 (Sabinus, Cassius: rerum natura). — [2]) Gradenwitz, Natur und Sklave, Königsb. Festschr. f. Schirmer 149.

lation, wo man nur von der Gattung behaupten kann, sie sei nicht in rerum natura (Ofilius, Labeo D. 33, 6. l. 7). In zahlreichen Wiederholungen durchzieht jener Lehrsatz das Recht der Stipulation und des Damnationslegats, aber auch im Kaufrecht kehrt er wieder. Er ist Ausgangspunkt der Betrachtung wie bei anfänglicher, so auch bei nachträglicher Unmöglichkeit.[1]) Bei letzterer aber haben bereits die Veteres eine einschneidende Ausnahme gemacht, indem sie die durch factum oder während des Verzugs des Schuldners unmöglich gewordene Leistung in obligatione beließen, die Obligation „perpetuierten", also die Intentio: si paret dare oportere bejahten.[2]) Für iudicia bonae fidei galt natürlich materiell Entsprechendes, ohne daß doch die Formel einer derartigen künstlichen Behandlung bedurfte.

3. Neben die physische Unmöglichkeit des dare, an der sich die Lehre naturgemäß entwickelte, trat ebenfalls noch in der Zeit der Republik die juristische. Sie bietet uns Interesse, insofern auch sie sich ausschließlich an das sachliche Objekt der Leistung anknüpft: Sed si sit quidem res in rebus humanis, sed dari non possit, ut fundus religiosus puta (Paul. D. 45,1 l. 91 § 1), und Paulus den Versuch macht im Kaufrecht eine zusammenfassende Formel aufzustellen, nach welcher die res nicht durch natura, gentium ius oder mores civitatis dem Verkehr entzogen sein darf. D. 18, 1 l. 34 § 1.[3]) Untaugliche Gegenstände sind bes. res sacra, religiosa, publico usui destinata, fundus hostium, und nach ius strictum der liber homo.

4. Eine verhältnismäßig späte Anwendung der Lehre auf die stipulatio faciendi brachte eine etwas veränderte Formulierung hervor, die namentlich für die condicio im-

---

[1]) Beispiele (vgl. dazu Mél. Gérardin 479—483). Stipulation: Gai. u. Just. a. O. D. 46, 3 l. 107; 98 § 8; 45, 1 l. 73. — Damnationslegat: Gai. 2, 203. D. 30 l. 108 § 10; l. 24 pr.; 33, 6 l. 7; 30 l. 69 § 5; 42, 2 l. 3. — Kauf: D. 18, 1 l. 15 pr.; 18, 4 l. 1. — [2]) Stipulation: D. 45, 1 l. 91 § 3; l. 82 § 1. Legat: „sicut in stipulatione" D. 30 l. 39 § 1; 30 l. 48 § 1; 33, 2 l. 6. — Fur semper in mora. — Für die perpetuatio actionis durch Litiskontestation waren Stipulations- und Legatsklage Vorbild der Depositalklage: D. 16, 3 l. 12 § 3, vgl. Pernice, Labeo 2, 2, 108 N. 1. — [3]) Vgl. noch über die res in hostium potestate D. 45, 1 l. 103; 46, 3 l. 98 § 8; 30 l. 104 § 2; 19, 1 l. 55; Mél. Gérardin p. 484—6.

possibilis Bedeutung gewann. Man sagt jetzt: Si stipulor ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit, quam cum stipulor ut detur quod dari non potest, Paul. ad Sab. D. 45, 1 l. 35 pr. Unmögliche Bedingung ist die, quae per rerum naturam admitti non potest, Paul. 3, 4 B, 1. In allgemeiner Fassung bezeichnet Celsus D. 50, 17 l. 188 § 1 den Leistungsinhalt als untauglich mit den Worten: Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt. Damit erst geschieht der Schritt in die uns geläufige Lehre von der Unmöglichkeit als juristischer Kategorie. Überaus spärliche und allgemeine Sentenzen der Juristen aber geben uns von einer Beschäftigung mit der erweiterten Formel Kunde.

5. In diesem Stadium begegnen wir nun der rerum natura in einer ansehnlicheren Rolle, als einer „Kraft, welche über allem menschlichen Können ist; ihm unübersteigliche Hindernisse schaffen kann"; welche ihre Gesetze hat, „nach denen sicher ist, was dem Menschen noch verschleiert ist".[1]) Die Herkunft dieses Begriffs aus der griechischen *φύσις* scheint mir völlig klar; auf gleiche philosophische Wurzel deutet aber schon das Beispiel des Hippozentauren für Sachen, deren Gattung nicht real existiert. Der Zentaur ist geradezu das stehende Beispiel des Nichtwirklichen bei den antiken Erkenntnistheoretikern, *ἀνυπαρξίας παράδειγμα τὸν ἱπποκένταυρον ἡμῖν φέροντες*, wie Sextus Empiricus[2]) sagt, in Rom z. B. von dem Epikuräer Lukrez und von dem die Stoa darstellenden Seneca verwendet.[3]) So möchte ich nicht zweifeln, daß die eminent *juristische* Regel eine durch philosophische Entlehnungen ermöglichte *Formulierung* erhielt. Einen noch viel wichtigeren Einfluß übte die Philosophie aber auf die letzte in den römischen Schulschriften nachweisbare Gestaltung der Stipulationslehre aus.

6. Die Ausdrücke possibilis und impossibilis sind späte, namentlich noch Cicero völlig unbekannte, von Quintilian als „hart" bezeichnete Übersetzungen des griechischen *δυνατός* und *ἀδύνατος*. Ihr Gebrauch fällt zwar nicht in so späte

[1]) Gradenwitz a. O. 150 f. — [2]) Pyrrhon. hypotypos. 1 c. 14 § 162. Andere zahlreiche Beispiele Mél. Gér. 495 f. — [3]) Lucr. rer. nat. 4, 739. Sen. ep. 6, 58, 15: in rerum natura .. quae non sunt .. tamquam Centauri ..

Zeit, wie Scialoja[1]) annahm, ist jedoch nicht vor Sabinus D. 45, 1 l. 137 § 5 nachweisbar und noch von Labeo und Julian in der für gewisse letztwillige Verfügungen aufgestellten Regel: „*ἀδύνατος* condicio pro non scripta accipienda" vermieden.[2]) Aus der Philosophie spät entnommen, hat Name und Begriff des *ἀδύνατον* bei den Klassikern meist noch einen prägnant philosophischen Sinn. Und was dies bedeutet, kann nicht genug betont werden. Aristoteles wie die Stoa und die sich an diese anschließenden Schulen verbinden mit dem Unmöglichkeitsurteil auf das innigste ihre ontologischen und metaphysischen Vorstellungen. Ihre Urteile: „es ist wirklich, notwendig, möglich" besitzen durchaus nicht den rein formallogischen Inhalt unserer assertorischen, apodiktischen, problematischen Urteile. Während wir möglich nennen, was wir nicht berechtigt sind, zu leugnen, nach dem Maße unserer subjektiven Gewißheit, haben die Alten die objektive Beschaffenheit der Dinge im Auge, ist für sie das logisch Mögliche stets zugleich physikalisch möglich. Ist also in der Logik von Möglichkeit die Rede, so ist dabei in thesi die materielle Potentialität vorausgesetzt. Deren konkretes Vorliegen in einzelnen Fällen zu untersuchen, hat der Philosoph natürlich meist gar keinen Anlaß. Braucht er doch ein Beispiel, so wählt er es so, daß dessen Geeignetheit nach damaliger Anschauung vernünftigerweise nicht in Zweifel gezogen werden konnte, wie in der stoischen Definition des logisch Unmöglichen: *ἀδύνατον δὲ ὃ μή ἐστιν ἐπιδεκτικὸν τοῦ ἀληθὲς εἶναι, οἷον ἡ γῆ ἵπταται*[3]), ein Paradigma, bei welchem man sich des Urteils über die objektive, kosmologische Unmöglichkeit vermessen zu können glaubte.

Subjektive Beurteilungen der Möglichkeit sind nur ganz selten und andeutungsweise von Philosophen entnommen worden, und es wäre wunderbar, wenn sich etwa die Juristen dem gangbaren Begriff entzogen hätten. Damit ist denn auch ihre Stellungnahme vereinbar, nur so ganz verständlich. Man blieb bei den alten recht schulmäßigen, d. h. anscheinend zweifelsfreien Beispielen, die die Unsicherheit des angemaßten objektiven Urteils nicht zum Bewußt-

[1]) Bulletino dell' Ist. di dir. Rom. 14, 27 ff. — [2]) D. 28, 7 l. 20 pr.; 30, 104, 1. — [3]) Diog. Laert. 7, 75.

sein brachten: dare des hippocentaurus, homo mortuus, homo liber, forum Romanum, der basilica usw. Der Tatbestand wurde außerdem dabei so stark vereinfacht, daß man denkbare spätere Veränderungen der Sachlage kurzerhand ausschied. Daß die res sacra später profan und die öffentliche privat werden kann, war ganz gleichgültig, die Stipulation protinus inutilis; denn ea dumtaxat quae natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem[1]), jenes aber sind naturâ sui dominio nostro exempta.[2]) Die Definitionen beriefen sich auf die rerum natura und im Verhältnis zu der Weltnatur auf die natura sui des Leistungsgegenstandes, nicht auf unser Urteil hierüber. Danach ward aber auch der Begriff der Unmöglichkeit abgegrenzt. Die philosophische „natura“ bezieht sich immer entweder kosmologisch auf die Welt im Ganzen oder auf eine Gattung von Wesen, etwa des Menschen *(φύσις ἀνθρωπίνη)*, nie auf ein Individuum, Sokrates. Unmöglich ist das Übermenschliche, humanae imbecillitati nullo modo possibile, um uns mit Justinianischer[3]) Poesie auszudrücken. Und so zog man auch aus dem Obligationsinhalt die Person des Schuldners ab, die für das logisch-metaphysische Möglichkeitsurteil wertlos ist. Es blieb als Tatbestand, welcher der Beurteilung unterlag: hominem, qui mortuus est, dari; alienum servum dare, quem dominus non vendat etc. Dort ist die Leistung unmöglich, hier nicht.

Auf diese Weise konnte man einige altbekannte Entscheidungen recht glatt in jene Formel zusammenfassen, die Venuleius in seiner berühmten Darstellung D. 45, 1 l. 137 § 4 benützt und auf die auch Octavenus bei Pomp. D. 19, 1 l. 55 anspielt.[4]) Unmöglich ist, was den Gesetzen der Natur widerstreitet: impedimentum naturale, im Objekt liegt: rerum quae promittuntur. Wo hingegen nur die Fähigkeiten des

---

[1]) Paul. D. 45, 1 l. 83 § 5, eine Stelle, die außerdem mit den philosophischen und juristischen Spekulationen über den animus zusammenhängt, s. Sokolowski, Philos. im Privatrecht 1, 335. Was Paul. als Ansicht von Gegnern (Celsus, D. 46, 3 l. 98 § 8) anführt, ist übrigens nicht minder charakteristisch: quod aut dari non possit aut dari possit. — [2]) J. 3, 19, 2. — [3]) C. 1, 17 l. 2 pr. — [4]) Über D. 45, 1 l. 2 § 2 s. Mél. Gér. p. 509.

Schuldners versagen, da spricht man von difficultas *(χαλεπότης)*, da sagt man von dem Hindernis: respicit ad facultatem dandi. Nur im ersteren Fall wird der feststehende Terminus: dari non potest korrekt verwendet. Die Stipulation, das Legat auf dare eines fremden Sklaven waren von jeher gültig; jetzt aber betont man, daß sie gültig seien, weil dari non potest dabei nicht gesagt werden könne, ne incipiat dici eum quoque dare non posse l. 137 § 4 cit., Ulp. fr. 24, 8. In dem nämlichen Sinn hat offenbar bereits der von Venul. zitierte Sabinus das impossibile verstanden: Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non potest, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit.

Wollte man die philosophische Fundierung dieser Betrachtungsweise leugnen, was unangebracht sein dürfte, so verkenne man doch nicht die Argumentation der Juristen selber. Der Gegensatz, den sie im Auge haben, besteht zwischen der persona debitoris und der Leistung. Nur die letztere wird dem Möglichkeitsurteil unterworfen, als Subjekt dabei niemand, oder, wenn man will, der Repräsentant der Gattung „Mensch" gesetzt. M. a. W., der Dritte, der leisten kann oder nicht kann, ist kein bestimmter Mensch, nur zur *Begründung* der Verneinung der Möglichkeit müßte man auf eine bestimmte Person, z. B. den Eigentümer der fremden Sache, rekurrieren. Daraus folgt z. B., daß das Möglichkeitsurteil keinerlei Beziehung zu der dem Erfüllungsrecht angehörigen Frage hat, ob der Gläubiger die Leistung *durch* einen Dritten *annehmen* müsse. Will man diese Tatsache auf eine der modernen Frageweise gemäße Formel reduzieren, so wird man sagen: der Dritte wird dem Schuldner nicht in die *Erfüllung* als gedachter Leistungsfähiger, sondern in die *Obligation* als gedachter Leistungsschuldner substituiert. Aber auch eine solche Formel entspräche insofern nicht dem römischen Gedanken, als dieser den „alius" nicht als „Dritten", sondern als „Menschen" faßt.

7. Daß die Römer zu einer passenden Ausbildung ihrer Lehre fähig waren, daß sie auch nicht verkannten, wie zweifelhaft die Frage der Möglichkeit werden kann — wer wollte dies leugnen? Aber das Bedeutsamste ist gerade, daß sie es bei einer tastenden Verwendung der philosophischen

Begriffe bewenden ließen und von dem hier bereit liegenden Mittel zum Ausbau ihres Systems durchaus keinen irgend beträchtlichen Gebrauch gemacht haben. Was die Kategorie der Unmöglichkeit in sich birgt, zeigen heute viele Monographien. Bei den Römern treffen wir außer dem Angeführten fast nur allgemeine Sentenzen und auch sie vorzugsweise bei Stipulation und letztwilligen Verfügungen in der Lehre von der unmöglichen Bedingung, die ihren eigenen Wirkungskreis hat, da der Zerfall der Obligation dort auf dem Willen der Parteien oder des Erblassers beruht, nicht auf der selbstherrlichen Wirkung der Unmöglichkeit. Ja noch mehr; die *Worte* possibilis und impossibilis sind nur ein einziges Mal in einer fragwürdigen Argumentation des Ulpian[1]) auf pacta bezogen, und *nicht ein einziges Mal* in unseren Quellen auf die Bonaefidei-Kontrakte. Dies ist kein Zufall.

8. Die Geschichte der Bonaefidei-Verträge zeigt eine ständige Tendenz zur Überwindung der alten Regeln, eine Neigung, die beim Kauf nur darum so auffallend hervortritt, weil dort eben die ältere Zeit ihre Rechtssätze festgelegt hatte, während z. B. bei Mandat und Werkmiete die Bahn viel freier war. Trotz dieser bisher meistens übersehenen Tatsache sind die bekannten Wahrnehmungen von Hartmann und Dernburg[2]) betreffs der Entwicklung des Kaufrechts, die in neuerer Zeit durch eifrige Interpolationsforschungen ergänzt worden sind, von vielem Wert.

Der Kauf des homo liber war im Gegensatz zu der Stipulation und dem Legat gültig. Der Kauf des partus der ancilla sterilis, der Kauf der Erbschaft[3]), das Legat der

[1]) Ulp. D. 50, 17 l. 31 + 2, 14 l. 50 + 21, 2 l. 31, Len. Ulp. 2886. — [2]) Dernburg, Pand. 2, § 16 N. 13. — [3]) Das meiste ist sehr bekannt. Lit. Ang. Mél. Gérardin p. 511 s. Die Erbschaft aber betreffend, hat (D. 18, 4 l. 7) Plautius (cf. l. 8) der Sache nach gelehrt: si non est (hereditas), non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur. Eod. l. 8 Javol. ad Plautium: si nulla est . . ., pretium dumtaxat [et si quid in eam rem impensum est, Javol. oder Trib.?] emptor a venditore consequatur. l. 9 Paul. et si quid emptoris interest. Also drei Stadien der Haftung, im Resultat ähnlich der Eviktionslehre (meine Haftung des Verkäufers 1, 142. 153): Kaufpreisrückerstattung, Impensen, positives Interesse. — Das Legat ist natürlich nicht *stets* gültig.

nicht bestehenden Sache, der Kauf der res sacra, religiosa, publico usui destinata, sind teils schon im klassischen Recht zur Gültigkeit oder doch zur Interesseklage des Gläubigers gelangt, teils von Justinian für gültig erklärt. Die Forderung als unkörperlicher Kaufgegenstand, einmal anerkannt, scheint den Normen der res corporales gar nicht mehr unterworfen worden zu sein. Die nachträgliche Unmöglichkeit aber spielt in den Digesten beim Kauf wie beim Werkvertrag eine sekundäre Rolle gegenüber der maßgebenden Beschäftigung mit der Ausbildung der Kulpalehre. Den Grundstein der neuen Auffassung hatten die Veteres gelegt, indem sie bei factum debitoris die Wirkung der Vernichtung der Sache auf die Obligation ausschalteten. Seither war man gewohnt, unveränderte Fortdauer der Obligation so lange anzunehmen, als der Schuldner nicht sein Freiwerden durch Casus beweisen konnte, wobei im großen und ganzen sich das Gebiet des Zufalls entsprechend dem Anwachsen des factum zur omnis culpa immer mehr verringerte.

Was aber endlich die Stipulationslehre selbst angeht, so muß man mit Mommsen gegen Hartmann zugeben, daß dort die Unmöglichkeit als solche von Bedeutung war, allein die Triebkraft der Lehre entspringt ursprünglich der rohen Juristenregel einer grobsinnlich denkenden Zeit; später, wie ich vermute, wollte man die alte Regel beibehalten und ausbilden, um den sehr vielfältigen in Betracht kommenden Rücksichten (vgl. unten S. 225) mit einfachen Mitteln gerecht zu werden. Der größte Teil der klassischen Darlegungen klebt noch an der älteren Thesenfassung, daß das Objekt in rerum natura sein müsse, und was schließlich für die heute sogenannte Lehre von der Unmöglichkeit getan worden ist, läßt sich auf einem kleinen Blatt zusammenschreiben. Die Römer hatten es nicht notwendig, sich mit dieser Lehre eingehender zu befassen.

Friedrich Mommsen, Windscheid und unser Gesetzbuch aber suchen ihr Heil just in der vollen Entfaltung dieser Stipulationstheorie. Der harmonistischen Dogmatik, die im gemeinen Recht so viele Verwüstungen angerichtet hat, sind auf unserem Gebiete Friedrich Mommsen ebenso wie in einem anderen Sinne sein Gegner Hartmann, Windscheid

ebenso wie sogar Brinz zum Opfer gefallen. Dagegen lehrten aber Savigny und Dernburg[1]) unbedenklich und trotzdem sie Ungültigkeit der Leistungspflicht, die sich auf Unmögliches richtet, annahmen, daß der Vertrag gültig und die Interesseforderung zuständig sei. Bei der Autorität dieser Meister, bei der Feindseligkeit, die Mommsens Theorie bei so vielen und namentlich auch in der Praxis begegnete, kann man gar nicht behaupten, das Gesetz habe einen bestehenden Rechtszustand erhalten. Die Kodifikationen des preußischen, österreichischen, französischen Rechts[2]) bewegen sich, obwohl eigener fortbildender Gedankenarbeit nicht entbehrend, im ganzen in den Bahnen der dürftigen alten Theorie, die, ihrerseits an die römischen Quellen anschließend, in den Quellenbeispielen des Centaurus usw. beschlossen, kasuistische Erörterungen pflegte. dabei zugleich den römischen Ursprungsideen teilweise noch recht nahe stand, wie es der Geist des minderentwickelten Schuldrechts eingab. Das englische Recht dagegen ist überaus streng gegen den Schuldner. Für inhaltlos wird regelmäßig ein Vertrag nur dann angesehen, wenn die Leistung notorisch physisch unmöglich und als solche von beiden Parteien zur Zeit des Vertragsschlusses gekannt ist. Spätere Unmöglichkeit befreit nur in ganz besonderen Fällen.[3]) Kein Zweifel, seit dem 1. Januar 1900 besteht in Deutschland eine neue, früher nirgends grundsätzlich und als geltendes Recht ohne weiteres anerkannte, schlechthin niemals aber vordem konsequent entwickelte Ordnung.

IV. Das Gesetzbuch.

Was hat nun Windscheids pseudo-romanistische Lehre, was hat das Gesetzbuch aus dem überlieferten Stoffe gemacht?

---

[1]) Savigny, Obl.-R. 2, 290. Dernburg a. O. Sehr lehrreich auch R. Leonhard, Zeitschr. f. H.-R. 26, 295 und öfter, zuletzt bei Krug. Das unverschuldete Unvermögen, Bresl. Diss. 1901, S. 26 N. 1. — [2]) Einen bescheidenen Versuch zu rechtsvergleichender Übersicht macht Ricca-Barberis, Rivista di Diritto Commerciale, 5, 1907, 156 f. — [3]) Vgl. Addison, law of contract, 9. Aufl. 132 ff. Zur nachfolgenden Unm. s. Biermann, Arch. f. bürg. R. 10, 29 ff. Vgl. unten 212[1]. 217[1]. 226[1].

A. *Begriffe und Rechtsfolgen.* Die Unmöglichkeit der Leistung ist eine umfassende Kategorie geworden. Auch das Unvermögen des Gesetzbuches scheidet sich gemäß § 275 Abs. 1 scharf von der bloßen Schwierigkeit und gehört daher unter die Unmöglichkeit in einem weiteren Sinne. Unmöglich in diesem weiteren Sinne ist die Leistung, wenn sie der Schuldner mit der obligationsmäßigen Kraftanstrengung nicht zu erbringen imstande ist. Die einzelnen Elemente dieser m. E. treffendsten Definition sind mehrfach kritisiert worden, aber hier ist doch wenigstens verhältnismäßig fester Boden. Der volle Inhalt des Schuldverhältnisses liefert den Tatbestand für das Möglichkeitsurteil.

Viel schlimmer steht es mit dem Begriff der Unmöglichkeit in dem gesetzlichen engeren Sinne. Klar ist, daß an eine Verquickung des logischen Urteils mit metaphysischer Weisheit niemand denkt. Man darf aber wohl zweifeln, ob bei besserer historischer Kenntnis der römischen Quellen erst noch der Versuch gewagt worden wäre, die Unmöglichkeitskategorie neu zu fundieren. Was heute empirisch zu ihrer Ausbildung geschieht, stimmt jedenfalls nachdenklich. Sehr häufig werden Neuerungen in Einzelheiten versucht, die irgendeine systematische Zusammenfassung mit den Windscheidschen, vom Gesetzbuch angenommenen Grundlinien nicht mehr vertragen. Wir können hier aus der Masse des Stoffs und der Fülle der Meinungen nur einzelnes besonders Charakteristisches hervorheben. Die besten Beispiele für uns dürften die einfachsten, am wenigsten bestrittenen sein, etwa die aus dem Sachkauf, wo zugleich der Vergleich mit der römischen Theorie am leichtesten ist. Die praktische Bedeutung der einzelnen Fragen braucht ja nicht mehr beleuchtet zu werden; und lebendiger individualisierte Rechtsfälle bringen eine allzu ermüdende Kasuistik mit sich.

1. Wenn es sich nicht mehr um scheinbar in der Natur der Dinge ein für allemal festgelegte Werte handelt, sondern um subjektive Urteile, *wer* soll das Urteil über die Unmöglichkeit fällen? Offenbar der Richter, allenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen. Wenn dies aber die derzeit einzig zulässige Antwort ist, so macht sich jetzt, wo Urteil gegen Urteil steht, um so deutlicher die Kluft fühlbar:

zwischen dem Vertragswillen, also den Vorstellungen der Parteien und der nachträglich als deus ex machina auftretenden höheren Entscheidung, die mit größtmöglicher Anwendung von Tatsachenkenntnis und Erfahrung über die Möglichkeit der Leistung und damit über den Bestand der Forderung, ja, des Vertrags gefällt wird.

2. *Was ist (objektiv) unmöglich? (Unmöglichkeit und Schwierigkeit).* Wie heißt das Subjekt des Urteils: ist unmöglich? Der Schuldner ist zu einer durch Parteienvereinbarung, Vertragszweck, Gesetz bestimmten Kraftanstrengung verpflichtet. Bestritten ist aber zunächst schon die aprioristisch richtige begriffliche Grundlage der Beurteilung. Manche meinen, begrifflich decke sich die geschuldete Kraftanstrengung mit der kontraktlichen Leistung, sei es, daß diese auf mehr oder minder weitgehende Bemühungen, sei es, daß sie auf einen Erfolg gerichtet ist.[1]) Andere unterscheiden zwischen der vertraglichen Leistung, z. B. Eigentumsverschaffung, und der geschuldeten[2]) Kraftanstrengung: z. B. Abkaufen der fremden Sache, einer bestimmten Uhr oder von drei Waggon Kohlen einer bestimmten Zeche zu annähernd normalem Preis und dadurch bedingte Übertragung. Das letztere sei stets zu prästieren; fordere aber die Erbringung der Leistung eine höhere Anstrengung, etwa ganz außergewöhnliche Kosten, so sei der Schuldner frei. Mindestens sei der Schuldner nicht verpflichtet, um der Leistung willen eigene höherwertige Interessen zu verletzen, sein Leben, seine Gesundheit oder die Sittlichkeit zu gefährden: z. B. in eine Stadt zu reisen, wo die Pest wütet. Dies glaubt Kleineidam[3])

[1]) Dies meint wohl Schröder, Unm. 18 ff., falls ich ihn richtig verstehe (was mir zweifelhaft ist). — [2]) Obligationsmäßig (Kisch), nicht nach Billigkeit (Titze) geschuldet. Dies ist mißverstanden von Schröder 46, der von größtmöglicher Kraftanstrengung spricht und damit die ganze Frage verwischt. — [3]) Dogm. Jahrb. 43, 108 ff. Weitgehend folgt ihm Heinr. Lehmann, Unterlassungspflicht (O. Fischers Abh. 15, 1) 232 ff. Derselbe scheidet aber S. 239—241 die sittlichen und öffentlichen Pflichten des Schuldners aus der Frage aus, da deren Erfüllung von der Rechtsordnung geboten, also die entgegenstehende Erfüllung der schuldnerischen Verpflichtung nicht bloß nicht zumutbar, sondern verboten sei. Zugrunde liegt die Auffassung S. 238: „Der Vertrag, in dem eine unsittliche oder verbotene Leistung zu-

auf den logischen Begriff der Unmöglichkeit zurückführen zu dürfen. Die Leistung sei unmöglich, wenn sie zwar erreicht werden kann, aber nur mit einer das obligationsmäßige Müssen übersteigenden Kraftanstrengung. Titze und Kisch motivieren dagegen dasselbe Resultat zweifellos besser[1]) mit einem relativen oder spezifisch juristischen Begriffe der Unmöglichkeit, der den *schuldmäßigen* Leistungsinhalt zum Subjekt des Urteils mache, im Gegensatze zum absoluten oder logischen Begriffe, der den erstrebten Erfolg ohne Rücksicht auf den bestimmten Menschen und ohne individuelle Begrenzung der von diesem Menschen zu betätigenden Kraft betreffe. Unverhältnismäßige Schwierigkeit der Leistung begründe juristische, nicht logische Unmöglichkeit.

Nun ist es ganz richtig, daß man a priori einen Unterschied im Sinne der letztgenannten Gelehrten machen darf. Ein Möglichkeitsurteil läßt sich auf der einen wie auf der anderen Grundlage, mit Hereinziehung eines konkret zumutbaren Tuns, der individuellen Momente und mit Weglassung derselben fällen. Es fragt sich nur, was das Gesetz will, und Endemann, Planck[2]) u. and. sind gerade der entgegengesetzten Meinung, daß nur der sogenannte logische Begriff allein maßgebend sei, daß auch unverhältnismäßige Aufwendungen oder Opfer vom Schuldner zu verlangen sind, wo nicht Sondervorschriften wie § 251, 2; 633, 2; 2170, 2[3]) oder „die besondere Natur des Schuldverhältnisses" eingreifen. Für diese Meinung scheint in der Tat prima facie die Existenz des Absatzes 2 von § 251 neben dessen die Unmöglichkeit bereits vorsehendem Absatz 1, desgleichen die Erwähnung der Untunlichkeit neben dem Unvermögen in § 2170, 2[4]) und in § 634 Abs. 2 verb.

---

gesagt wird, richtet sich stets auch auf eine unmögliche Leistung." Bisher hat man sich auf die scharfe Scheidung dieser Kategorien viel zugute getan.

[1]) Titze, Unm. 3 ff., Kr. Vjschr. 45, 349; Kisch, Unm. 12, Kr. Vjschr. 44, 507. Zustimmend Oertmann 80 und Kipp S. 97 und gegen Kleineidam auch Fischer, Unm. 17, N. 23, der aber wieder die Billigkeit entscheiden läßt. — [2]) Endemann [8] 1, 696 N. 24; Planck zu § 275, 1; vgl. ferner die bei Oertmann S. 79, 3 a α Zitierten. — [3]) Man zitiert noch §§ 383, 1; 655; 948, 2; 2288, 2; cf. 1023, 1246. — [4]) Das erstere wird von Planck a. O. angeführt; für das letztere vgl. v. Tuhr, Dogm. Jb. 46, 56 N. 20.

mit § 633 Abs. 2 ein gewichtiges Argument zu bilden. Ein weiteres, noch gewichtigeres scheint zu sein, daß die vom Gesetz im allgemeinen der Unmöglichkeit beigelegten Wirkungen, besonders der *ipso iure* eintretende Verfall der Obligation, auf rein logische Unmöglichkeit zugeschnitten sind und Unerschwinglichkeit von der logischen Betrachtung aus nicht einmal Unvermögen ist. Ob man diese Folgen auch auf anderweitige Behinderungen des Schuldners anwenden darf, dafür fehlt allerdings ein sicherer Entscheidungsgrund, weil eben für die Anknüpfung der Nichtigkeit des Vertrags an die logische Unmöglichkeit selber die Ratio nicht ersichtlich ist. Aber es wird bei der fraglichen Ausdehnung der §§ 275, 306 noch um vieles deutlicher, daß es unpassend ist, den Schuldner ipso iure befreien zu lassen. Daß der aus dem Theatervertrag belangte Schauspieler zu seiner erkrankten Mutter reisen müsse, wird er doch mit zivilrechtlicher Einrede vorbringen müssen.[1]) Und sodann ist hier die Billigkeit häufig mindestens sehr zweifelhaft, wenn man den Schuldner *vollständig* befreit, ihn also auch von der Leistung der vera rei aestimatio losspricht. Es läßt sich daher gewiß nicht sagen, daß die Unterscheidung zwischen der geschuldeten Leistung und einer dahinter zurückbleibenden Kraftanstrengung eine gesicherte Grundlage besitze oder daß die Anwendung der vom Gesetz für die „Unmöglichkeit" gegebenen Rechtssätze auf die sogenannte juristische Unmöglichkeit ohne weiteres durchführbar sei; ganz abgesehen von der notwendigen Sonderbarkeit, ein und dieselbe Leistung bald für möglich, bald für unmöglich zu erklären, je nachdem ob der Schuldner die Opfer kennt oder nicht kennt. Die Lösung des Problems ist m. E. nur von einer Zurückführung auch jener Unmöglichkeitsregeln auf allgemeinere sachgemäße gesetzgeberische Motive zu erhoffen.

Auf dem richtigen Wege befinden sich alle jene Versuche, über die Grenze der Unmöglichkeit hinaus in die Region der Unerschwinglichkeit zu gelangen, und sie haben

---

[1]) In diesem Sinne äußert sich jetzt in umfänglicher Darstellung Krückmann, vgl. bes. 1—11, 34. Sehr beachtenswert ist sein Gesetzvorschlag S. 283, insofern er darin eine je nach der Natur der Hindernisse aufschiebende oder zerstörende Einrede fordert.

bereits das römische Recht für sich. Mit Fug ruft man die allgemeine relative Gestaltung der bonae fidei-Pflichten an.[1]) Im Legatsrecht hat § 2170 Abs. 2 sein Vorbild in D. 32, 14 § 2, wo es gleich behandelt wird, wenn der Eigentümer der legierten Sache non vendit oder ein immodicum pretium verlangt. Als Entschuldigungsgrund für die Erfüllung der Pflicht, bei Gericht zu erscheinen, gilt neben Gewitter und Überschwemmung auch die Krankheit ohne ängstliche Betonung ihrer Schwere.[2]) Dies gehört hierher, weil der Gesichtspunkt der Exkusation ex iusta causa nicht bloß beim Vormund wiederkehrt, sondern auch der Mandatar aus wichtigem Grunde sich entschuldigen, die Verpflichtungen kündigen darf.[3]) Das Kündigungsrecht des Beauftragten ist heute auf den Dienstverpflichteten übertragen § 626, und damit ist der Scheingrund hinweggefallen, aus welchem Mommsen[4]) die Exkusation des Mandatars wie des Vormunds (jetzt § 1889) der Unmöglichkeit bei entgeltlichen Verpflichtungen gegenüberstellte, wobei er noch versuchte, „eine in den persönlichen Verhältnissen des Mandatars begründete Unmöglichkeit" zu unterstellen. In Wahrheit haben die Römer in allen diesen Fällen unbekümmert um die Unmöglichkeitslehre Befreiung in der Form der Entschuldigung angenommen; natürlich leichter und lieber, als bei Austausch-Obligationen.

3. Nicht minder unsicher ist es, *wem* in dem zu beurteilenden Tatbestand die Leistung unmöglich sein muß *(Unmöglichkeit und Unvermögen)*. Gemeinhin legt man jetzt einfach die Regel des Sabinus zugrunde, freilich deren rechten Sinn verkennend. Die nicht unbedenklichen Definitionen Friedrich Mommsens[5]) hielten sich wenigstens noch

---

[1]) Oertmann S. 80. Zu der ganzen Frage ist an Hartmanns (Obl. 214 f.) Ausführung zu erinnern. — [2]) Z. B. Schwangerschaft D. 2, 11 l. 2 § 4. — Vgl. noch die Entschuldigung des arbiter ex compromisso D. 4, 8 l. 15 und dazu Mommsen, Erörterungen 2, 87 N. 2. Gar nicht mehr ganz wörtlich ist das impossibile bei Justinian, C. 4, 21 l. 21 § 2, Produktion der Urkunden, C. 7, 17 l. 1 § 2, Bürgenstellung, zu verstehen. — [3]) D. 17, 1 l. 22 § 11 bis l. 25, l. 27 § 2. — [4]) Beitr. 1, 83 ff. Vgl. dazu Hartmann Obl. 216. — [5]) Beiträge 1, 5: objektive Unmöglichkeit sei diejenige, welche ihren Grund in dem Gegenstand der Obligation an sich hat, subjektive diejenige, deren

annähernd im Rahmen der römischen Quellen. Heute pflegt man ausschließlich darauf abzustellen, ob ein Dritter leisten könnte. Bei Unmöglichkeit kann überhaupt kein Mensch, beim Unvermögen wenigstens eine Person, nur gerade der Schuldner nicht, erfüllen.[1]) Aber neuestens tauchen dabei verschiedene Anklänge an die ältere römische Auffassung auf. So ist gesagt worden, es komme darauf an, ob der Unmöglichkeitsgrund in der Person des Schuldners oder in der Eigenart des Leistungsgegenstandes liege.[2]) Natürlich setzt auch dieser Unterschied voraus, daß der Schuldner in Gegensatz zu einem oder mehreren oder allen anderen gesetzt werde. Eine Entscheidung dieser Zweifel hängt davon ab, warum die Unterscheidung überhaupt gemacht wird und ob aus den mancherlei Ansichten, die hierüber im Schwange zu sein scheinen, irgendeine durchgreift, wird sich am besten zeigen, wenn wir einzelne Punkte betrachten.

a. Das lehrreichste Problem, in dem sich die Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen betätigt, ist das der sogenannten *infungiblen Leistungen*. Allgemein schließt man dieselben aus dem Gebiete des Unvermögens aus.[3]) Titze S. 67 sagt: „Hat der Schuldner nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses in Person zu leisten, so versteht es sich von selbst, daß alle Hindernisse, die sich der Entwicklung seiner persönlichen Tätigkeit entgegenstellen, eine *objektive* Unmöglichkeit der Leistung begründen." „Die Verbindlichkeit ist unerfüllbar." Als Beispiele führt er an, daß ein Künstler das von ihm verlangte Porträt nicht malen kann, weil sein Arm gelähmt, seine Sehkraft verloren ist; daß das Dienstmädchen krank ist; der Lehrer den Unterricht in

---

Grund entweder in den rein persönlichen Verhältnissen des Schuldners oder in dessen Verhältnis zu dem Gegenstand der Obligation liege.

[1]) So mit gewohnter Präzision und Bündigkeit Kisch, Kr. Vjschr. 44, 511. — [2]) So nach dem Vorgang von Biermann, Arch. f. ziv. Prax. 91, 85, Crome 2, 1, 34; Oertmann S. 80. — [3]) So schon Friedrich Mommsen selbst, S. 65, inkonsequent, wie Titze, Unm. 59 N. 2, mit Recht bemerkt. Die heutige Literatur dürfte einstimmig sein, vgl. Kleineidam, Unm. 11; Titze 67, Kisch a. O., Lehmann, Unterlassungspflicht 242; Krückmann S. 145 N. 91 und ebenso auch von seinem Standpunkt Oertmann S. 80.

einer Privatschule nicht leisten kann, weil ihm die facultas docendi entzogen ist; der Lehrherr nach RGew.O. § 106 nicht berechtigt ist, Lehrlinge zu halten. Nach dem Gesetzbuch hat übrigens die Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen außerhalb des Prozesses nur Bedeutung, wenn derartige Hinderungen schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorliegen.

Für selbstverständlich kann ich nun die erwähnte Auffassung nicht halten. Von anderer Seite ist in der Tat eine Begründung für dieselbe Entscheidung gegeben worden, die sich, wenn ich Titze u. a. recht verstehe, von deren leitenden Gedanken sehr wesentlich unterscheidet. Je nach der Grundauffassung begrenzt sich dann auch der Umkreis dessen, was man fungible Leistungen nennt, in verschiedener Weise.

α) Man kann bei folgenden Gedanken stehen bleiben: Um zu urteilen, die Leistung sei Dritten möglich, muß man aus dem obligationsmäßigen Leistungsinhalt die Person des Schuldners eliminieren. Dies geht aber nur dann an, wenn die Leistung durch ihre Abhebung von der Person des konkreten Schuldners nichts von ihrem Wesen verliert. Jene Loslösung des Schuldners von der Leistung ist nicht möglich, wenn die Leistung durch den konkreten Schuldner ihr charakteristisches Gepräge erhält. Wann ist das näher der Fall? Titze antwortet mit einem „es ist quaestio facti“. Doch müßte man wohl so weit gehen, schon darin, daß ein Dienst „auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegt“ (§ 627), wie gewöhnlich[1]) an einen Arzt, Anwalt, ein Merkmal für die Beeinflussung des Dienstes durch die Person zu erblicken. Wie das Dienstmädchen in die Liste kommt, ist schwerer zu verstehen.

β) Es liegt aber noch eine andere Antwort nahe. Durch die Hervorhebung der Leistungen, die der Schuldner in Person zu erbringen hat, wird man unwillkürlich an § 267 erinnert. Man fühlt sich versucht, darunter diejenigen Leistungen zu verstehen, deren Erfüllung durch einen Dritten der Gläubiger nicht annehmen muß, also z. B. die Aus-

[1]) Gewöhnlich: vgl. meine Haftpflicht des Arztes S. 25 N. 3.

führung von Dienstverträgen und Aufträgen. Dieser Gedanke wird denn auch von mehreren Schriftstellern in den verschiedensten Abschattungen variiert.[1]) Bald legt man ihm die größte Wichtigkeit bei, bald schränkt man ihn selbst wieder ein, indem man mehr oder weniger bewußt auf den oben unter *a* erwähnten Gedanken zurückgreift.[2]) Um an eine früher S. 199 gegebene Formulierung anzuknüpfen, könnte man den Unterschied zwischen beiden Auffassungen etwa so bestimmen: Dort wird, um das Möglichkeitsurteil zu fällen, der Dritte in das Schuldverhältnis, hier in die Erfüllung substituiert. Im letztern Fall wird nicht darauf Gewicht gelegt, ob ein Dritter als Schuldner leisten könnte, sondern ob der Schuldner durch einen Dritten leisten könnte. Die römische Auffassung ist das keinesfalls, und es zeigt sich auch sofort eine bedeutende Schwierigkeit. Wenn ein Fabrikarbeiter krank ist, so soll dessen Leistung fungibel sein, weil der Gläubiger sich die Leistung durch einen Dritten aufdrängen lassen müsse, es liege also Unvermögen vor. Wirklich Unvermögen? Und schon deshalb, weil eine Erlaubnis zur Substitution besteht? Da ergibt sich wohl zunächst nur Möglichkeit, und wir verlieren den Begriff des Unvermögens völlig. Auch in sich ist diese Ansicht grundlos, denn, wie schon Endemann treffend bemerkt hat[3]), ist die nackte Möglichkeit, daß ein Dritter für mich leisten darf, genau so viel wert wie die Aussicht auf das große Los. Vielleicht wird man sagen, Unvermögen liege nicht schon vor, wenn die Substitution erlaubt ist, sondern dann, wenn der Schuldner sich einen Ersatzmann nicht verschaffen kann. Auch in diesem Fall

---

[1]) Ein Anklang an diesen Gedanken findet sich auch bei Kisch, Kr. Vjschr. 44, 549 f. — [2]) Ersteres geschieht von Schröder, Unm., letzteres von H. A. Fischer, Unm. Beide glauben, prinzipgemäß sei der Vertrag mit einer Köchin nichtig, die nicht kochen kann. Fischer, S. 23, ist durch sein eigenes Resultat „stutzig" gemacht, ohne sich in seinem Prinzip doch beirren zu lassen, und bejaht demnach die Fungibilität der Gesindeleistungen, weil die Leistung durch z. B. eine Ersatzköchin nicht etwas spezifisch anderes sei. Dies ist aber der Gedanke oben Text *a*. Schröder S. 56 besteht auf der Nichtigkeit des Vertrages, wenn sie auch noch so unpassend sei. — [3]) S. 696 N. 24.

geht der Begriff des *anfänglichen* Unvermögens verloren[1]), der doch überwiegend anerkannt ist. Dieser Begriff hat ja gewiß keinen Selbstzweck, aber er ist ein kaum entbehrliches Glied in dem Systeme des Gesetzes. Ohne ihn ließe es sich gar nicht mehr durchführen, z. B. den Verkäufer unbedingt für anfänglichen Mangel seines Rechtes, der ihn zur Lieferung des verkauften Rechtes außerstand setzt, einstehen zu lassen. Vgl. §§ 275, 2 und 440, 1.[2]) Der Sprachgebrauch des Gesetzes, nur die objektive Unmöglichkeit Unmöglichkeit zu nennen, hat freilich dazu geführt, daß sehr viele das Dogma: Unmöglichkeit, also Nichtigkeit umkehren in den Satz: Gültigkeit, also Möglichkeit. Aber gerade auf der Frage, ob der *Schuldner* nicht leisten kann, basiert logisch und praktisch die heutige Lehre.[3])

---

[1]) Dies zeigt sich auch bei der neuen Wendung, welche Krückmann S. 57 der Berufung auf § 267 gibt. Die „Leistungsmöglichkeit durch Dritte" sei von praktischer Wichtigkeit, indem sie die Wahrscheinlichkeit außerordentlich steigere, daß dem Schuldner die Erfüllung möglich sei oder plötzlich möglich sein werde. Das Unvermögen wird hier als eine Art präsumtiver Möglichkeit betrachtet, und Krückmann bestreitet denn auch, daß es sich insbesondere von der Unerschwinglichkeit trennen lasse. So gerne ich dies zugeben möchte, so sehe ich doch nicht, wie derartige Anschauungen mit den Grundlinien der gesetzlichen Ordnung verträglich sind. Krückmann versagt eben auch dem § 275 offen den Gehorsam (S. 66. 128 u. ö.). — Vgl. ferner Binder, Ztschr. f. HR. 52, 602. — Noch anders Siber S. 239 f., nach welchem die Dienstpflicht auch bei nicht persönlich zu erbringender Leistung niemals auf subjektive, sondern immer nur auf objektive Unmöglichkeit stoßen kann. Sein Grund ist, daß der Dienstverpflichtete, obgleich unter Umständen berechtigt, so doch niemals verpflichtet ist, für den Fall seiner Unfähigkeit einen Ersatzmann zu bestellen. Was nun dieser Umstand mit einem abstrakten Möglichkeitsurteil zu tun hat, dürfte aus Sibers Erörterungen nicht völlig erhellen. Sind sie berechtigt, so entziehen sie wohl der gegenwärtigen Unmöglichkeitslehre noch den letzten, irgendwie faßbaren leitenden Gedanken. — [2]) Vgl. dazu unten S. 221[2]. — [3]) Logisch; oben S. 203. Praktisch: s. Oertmann S. 80 unten: „Ist der Schuldner subjektiv vermögend zur Leistung, so kann der etwaige Umstand, daß sie für alle anderen unmöglich ist, nicht in Betracht gezogen werden. Denn da er und nur er zu leisten hat, kommt es auf die Leistungsmöglichkeit Dritter so lange nicht an. Insoweit ist die Frage des subjektiven Leistungsvermögens *vor* diejenige der objektiven Leistungsmöglichkeit zu stellen."

Ob irgendeine von allen diesen Meinungen den famosen Dritten in ein organisches Verhältnis mit dem Leistungsinhalt zu bringen vermag, scheint mir äußerst fraglich. De lege lata dürfte man am besten tun, auf die Resultate zu sehen, anstatt auf Begriffe, die dem Gesetzgeber selbst so ganz undeutlich gewesen sind. Betrachten wir aber die Ergebnisse, so erstaunt man ob der Konsequenz, in welche das einstimmig angenommene Resultat führt. Halten wir uns, um bei der Verschwommenheit des Begriffs der nicht fungiblen Leistung keinem Subsumtionszweifel zu begegnen, an das altbeliebte Beispiel der höchst persönlichen Leistung, an den Maler, der ein Porträt verspricht. Ist er von Anfang an wegen Krankheit zur Erfüllung untauglich, so soll die Unmöglichkeit eine objektive sein, der Vertrag nichtig, die Haftung auf das negative Interesse beschränkt und davon abhängig, ob der Besteller und ob der Maler von der Krankheit und deren Folgen hat wissen müssen. Von einem Photographen würde man alles dieses schwerlich behaupten. Wendet sich also ein Wochenblatt mit seinen Aufträgen an einen Photographen und wird eine Wochenausgabe durch dessen Unfähigkeit vereitelt, so wird der Herausgeber sicher sein, den vollständigen Ersatz des Schadens einschließlich des Gewinnausfalls zu erhalten. Nun betont man doch immer das individuelle Gepräge der Leistung des Malers wegen deren Höherwertigkeit, wegen des Interesses des Gläubigers. Ist es nicht eine merkwürdige Jurisprudenz, deshalb, weil die Leistung des konkreten Schuldners dem Gläubiger besondere Trefflichkeit, höheren Wert verspricht, Befreiung durch persönliche Behinderungen des Schuldners anzunehmen, sonst aber Interessehaftung?[1])

[1]) Siber S. 240, sein Resultat (oben S. 211[1]) verbessernd, sieht eine stillschweigende Garantieübernahme in jeder Zusage eines Dienstes, der erkennbar eine besondere Fähigkeit voraussetzt, z. B. des Sprachlehrers oder Bergführers. Doch die Garantiepflichten, mit denen man der Unmöglichkeitslehre nachhilft, beweisen eben deren Unzulänglichkeit. Die Engländer lassen freilich aus Garantie haften, wenn jemand etwas verspricht without any qualification to do it; aber sie leiten alles aus dem vermutlichen Parteiwillen ab, auch die nachträgliche Befreiung eines Pianisten durch schwere Krankheit. Robinson v. Davison, Law Reports 6 Exch. 269.

Die Römer haben unsere Frage nirgends unmittelbar entschieden. Aber wenn vielfach heutzutage das Versprechen eines gänzlich talentlosen Pfuschers als nichtig behandelt wird, so ist dies keinesfalls im Sinne der Quellen. Friedrich Mommsen hat allerdings aus den Stellen, welche die Haftung wegen imperitia des Schuldners aussprechen, herausgelesen, sie bezögen sich nur auf die schuldhafte Beschädigung infolge der Vertragsausführung, nicht aber sei darin die Möglichkeit der Leistung statuiert. Er hätte bedenken sollen, daß im klassischen und in unserem Systeme grundsätzlich das vertragsmäßige Einstehen für Kenntnisse sich auf den Vertrag und nicht auf die Schuldverletzung gründet, und daß es ungerechtfertigt ist[1]), denjenigen haften zu lassen, der mangelhaft erfüllt, denjenigen frei zu lassen, dessen Unkenntnis so groß ist, daß er gar nicht zu erfüllen imstande ist, wie in seinem Beispiele derjenige, „der nicht einmal die Einrichtung einer Uhr kennt und verspricht, sie mit eigenen Händen anzufertigen".

Einen weiteren Anhaltspunkt gibt die Notiz Justinians, daß nach einer (offenbar verbreiteten) klassischen Lehre die Stipulation auf ein facere höchstpersönlich war: illa subtili et supervacua scrupulositate explosa, per quam putabant non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est.[2]) Meint man nun etwa, ein klassischer Jurist hätte, wenn der Schuldner selbst zum facere untauglich war, die Klage auf das quidquid dare facere oportet versagt?

So möchte ich denn glauben, wenn man schon die Regel des Sabinus im allgemeinen anwenden zu können vermeint, so wird man doch in manchen Fällen mit einer spitzlogischen Durchführung derselben scheitern. Und so auch hier, da es bei persönlich charakterisierten Leistungen keinen Dritten gibt, auf dessen Leistungsfähigkeit man etwa abstellen kann.[3]) Da also jede Unterscheidung zwischen

---

[1]) S. bereits Hartmann Obl. 220. Ein noch größerer Widerspruch liegt vor gegenüber den Entsch. bei Kisch, Unm. 100 N. 10. 11. — [2]) C. 8, 37 l. 13. Daher ist die Stipulation passiv unvererblich und, wenn sie sofort bloß auf die Person des Erben des Schuldners gestellt ist, wegen Unmöglichkeit nichtig. C. eod. 15. — [3]) Näher: man kann den Tatbestand des Möglichkeitsurteils nicht bilden (oben vgl. *a*).

Unmöglichkeit und Unvermögen, die mit der Person eines Dritten operiert, in ihrer Anwendung auf solche Leistungen versagt, so muß sie hier ganz wegfallen und mit ihr die imperative Nötigung, von § 306 Gebrauch zu machen. Freilich aber geht es auch nicht ohne weiteres an, für die Gültigkeit des Vertrages und daher, wo das Geldinteresse überhaupt liquidierbar ist, für das positive Interesse zu stimmen. Darüber dürfte die Rechtsanalogie zu entscheiden haben.[1])

b) Wenn die verkaufte Sache vor dem Kaufe gestohlen oder verloren worden ist, so nehmen die meisten Unvermögen an. Hätte aber der Dieb das gestohlene Wertpapier ins Feuer geworfen oder ein Schmuckstück, z. B. ein antikes unwiederbringlich eingeschmolzen, so ist die Unmöglichkeit natürlich eine objektive. Ob das eine oder andere, ob Haftung des Verkäufers, des an Zahlungsstatt Versprechenden usw. oder nicht, das liegt in der Hand des Diebes, und überdies weiß man gewöhnlich nicht, wo sich dieser aufhält und was er mit der Sache angefangen hat. Auch dieses Ergebnis verlangt nach einer Korrektur.[2]) Der code civil Art. 1302 stellt wenigstens den der Obligations-Begründung nachfolgenden Verlust der Sache de manière qu'on en ignore absolument l'existence, der Vernichtung gleich. So machen auch bei uns einzelne Schriftsteller eine Einschränkung für den Fall, daß die Sache verloren oder spurlos verschwunden ist. Dies kann man rechtfertigen entweder, indem man annimmt, daß doch nicht jeder Dritte zu berücksichtigen sei, sondern ein normaler oder ein „in die allgemeine typische Vermögenslage des Schuldners versetzter“ Dritter[3]), also nicht der Dieb oder der Feind[4]);

[1]) Vgl. unten S. 235. — [2]) Biermann, Arch. f. ziv. Prax. 91, 86, geht vielmehr von diesem Falle aus, um die Definition des Unvermögens zu finden. Es könne auch vorliegen, wenn die Leistung im ganzen, hier Eigentums- und Besitzverschaffung, jedermann unmöglich ist. Hierin stimmt ihm Oertmann 80 zu. — [3]) Oertmann a. O. — [4]) Ähnlich Fischer, Unm. 19: Nicht jeder Diebstahl führt Unvermögen herbei. „Ist die Sache verschwunden und die Person des Diebes unbekannt, so liegt ein generelles Leistungshindernis für den großen Kreis der Rechtsgenossen vor.“ Man könnte dann auch geneigt sein, die öffentliche Behörde, die über die Aufhebung des Gemeingebrauchs an dem verkauften Grundstück zu entscheiden hat, hierher zu rechnen; doch verdient dieser Punkt eine besondere Erwägung.

oder aber mit einer grundsätzlichen Rückkehr in die römische Anschauung, die spurlos verlorene Sache sei aus dem Verkehr gelangt, das Hindernis betreffe nicht den Schuldner persönlich, sondern den Leistungsgegenstand.[1]) Die erstere Ansicht ist prinzipwidrig, die letztere scheitert daran, daß man nicht sagen kann, der mangelnde Besitz oder die mangelnde faktische Verfügung des Schuldners sei weniger in dessen Person gelegen als ein Rechtsmangel. Aber diese Versuche wollen eben die Kluft überbrücken, die zwischen der Haftung und der Nichthaftung bei Ereignissen besteht, die sämtlich den konkreten Schuldner außerstand setzen, seiner Leistungspflicht zu genügen, eine Kluft, die besonders auffallend wird, wenn die Behinderungen des Schuldners faktische sind.[2])

c) Warum eine wirklich befriedigende Grenzziehung zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen nicht erreichbar ist, das scheint mir bereits Titze[3]) mit aller Deutlichkeit dargelegt zu haben. Das Vorhandensein einer vernichtenden Unmöglichkeit wird auf das Leistungsvermögen eines Dritten abgestellt, der, bezeichne man ihn näher wie man will, doch immer ein Dritter und der Leistungspflicht völlig fremd ist. Die besondere Verschärfung erfährt diese Maßregel m. E. durch die zerstörende Wirkung der Unmöglichkeit auf das Obligationsband, durch die praktischen Folgen der Unterscheidung. Die Frage läßt sich nicht länger verschieben, wo denn nun die sachgemäßeren Kriterien liegen. Wenn mir ein Hund vor dem Verkaufe davongelaufen ist, hafte ich nach Konsequenz der herrschenden Lehre auf das positive Interesse; wenn mein Diener ihn erschlagen hat, auf das negative. Ist dies deshalb unbillig, weil, wie Titze annimmt, auch bei Unvermögen der Speziesschuldner

[1]) Diese Formulierung zieht Oertmann a. O. vor. Ich meine, er hat sachlich recht; aber die Begründung mit einer Formel ist kaum durchführbar. Vgl. noch unten S. 235 f. — [2]) Vgl. zur Illustrierung die gemeinrechtlichen Zweifel, bes. Mommsen, Beitr. 1, 18—21; 3, 407. — [3]) Unm. S. 70 ff., 237 ff. Was Kisch, Kr. Vjschr. 44, 549 ff., dagegen vorbringt, dürfte doch nur so weit durchschlagen, als es sich gegen Titzes weitergehende Aufstellungen wendet. Den Begriff des Unvermögens fanden bekanntlich früher schon Brinz und Hartmann und jetzt Endemann, Einf. 1[8], 696 N. 24 mißlungen.

nur haften sollte, wenn er den hindernden Umstand zu vertreten hat, und frei sein sollte, wenn er ihn nicht zu vertreten hat?[1]) Dürfen wir vor dem Vertrag Vertragspflichten konstruieren, deren Verletzung zu vertreten wäre? Würde eine solche Konstruktion immer befriedigende Ergebnisse liefern? Ich meine, es komme nicht sowohl darauf an, was der Schuldner vor dem Geschäftsabschluß getan hat, als darauf, was er bei dem Geschäftsabschluß weiß und wissen muß. Ein Kaufmann verkaufte einem andern 73 Ballen Zimmt, auf dem Schiffe „Malabar" in Bordeaux eingelangt. Es stellt sich heraus, daß es auf dem Schiffe keinen Zimmt gibt. Der Vertrag ist nichtig.[2]) Dabei bleibt es auch, wenn der Verkäufer sogar den wahren Sachverhalt kennt. Zwar werden, wenn er arglistig ist, andere Bestimmungen zur Not aushelfen können, aber bekanntlich ist nicht jedes Wissen Arglist. Vollends bleibt es bei §§ 306/7, wenn der Verkäufer die Nachricht in der Tasche hat, daß der Zimmt irrtümlich nicht verladen wurde, und sie nicht liest. Und doch hatte der Käufer allen Grund, dem Verkäufer die Erkundigungspflicht zuzumuten, genau so gut, wie man dieselbe in dem Falle des Unvermögens zu statuieren liebt.[3]) Mit unserem § 306 könnten wir nicht mehr den Verkauf des liber homo als gültig behandeln, quia difficile dinosci potest liber homo a servo. Auch das österreichische Gesetzbuch denkt anders, wenn es in § 923 den Veräußerer einer nicht mehr vorhandenen Sache nach allgemeinen Grundsätzen haften läßt. Den springenden Punkt bezeichnet sehr treffend § 307, aber indem er der culpa in contrahendo eine unzureichende Folge beimißt und damit erst den stärksten Kontrast zu der unbedingten Haftung wegen Unvermögens ergibt, die auch bei unverschuldeter Unkenntnis vom Hindernisse durchgreift.[4])

---

[1]) Titze, Unm. 247—254, Kr.Vjschr. 45, 361. Dagegen Kisch a. O.; Planck § 306, 4 a. E.; Oertmann S. 129 u. v. a. — [2]) So auch von der cour Bordeaux, Dalloz Vente n. 471, entschieden; Laurent principes 16, 105 ist damit einverstanden. — [3]) Vgl. bes. H. A. Fischer, Unm. 13 f., der übrigens den Widerspruch dieser Erwägung mit § 306 scharf hervorhebt. — [4]) Gegen diese letztere Haftung haben sich zweifelnd Kleineidam S. 47 N. 10, entschieden Siber, Rechtszwang 167 und Dgm. Jb. 50, 231; Krückmann S. 129 ausgesprochen; vgl. dazu unten S. 228.

d) Eine Komplikation tritt dann ein, wenn nach der im gemeinen Recht herrschenden und noch heute sehr verbreiteten Ansicht die Klage auf die ursprüngliche Leistung bei subjektiver Unmöglichkeit zugelassen, bei objektiver verweigert wird. A verspricht dem B die Übertragung einer Hypothek, schreibt sie aber einem Dritten zu: Unvermögen, Zulässigkeit der Klage auf Übertragung, RGer. bei Seuffert 52 n. 150; der Dritte läßt die Hypothek löschen: Unmöglichkeit, jene Klage ist unzulässig, vgl. RGer. bei Seuffert 54 n. 216 S. 398.[1])

4. Ein unendlich weites Gebiet für Zweifelsfragen ergeben die *Zeitmomente* des Möglichkeitsurteils. Drei Zeitpunkte sind wohl zu unterscheiden: derjenige der Beurteilung, unter welchem ich den Moment der Fällung jenes Urteils verstehe; der Zeitpunkt, in dem die Unmöglichkeit eintritt *(anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit)* und derjenige, in dem sie aufhört (dauernde und zeitweilige Unmöglichkeit). Im Rahmen dieser Abhandlung ist es nur gestattet[2]), aus dem zweitgenannten Problem, wo wenigstens annähernde Übereinstimmung der Meinungen ein Bild von der gegenwärtigen Ordnung erlaubt, einige Punkte herauszuheben.

a) Daß der Gesetzgeber selbst keine Klarheit darüber besaß, welche Zeitpunkte für den Begriff der anfänglichen Unmöglichkeit wesentlich sind, zeigt § 308, namentlich Absatz 2, wo von der Unmöglichkeit gesprochen wird, die vor

---

Einen weiteren Kontrast ergibt § 306/7 zu der Regelung der nachfolgenden Unmöglichkeit, unten S. 220.

[1]) Die Engländer sprechen allerdings von legal impossibility, meinen aber damit meistens verbotene und manchmal sinnlose (S. 227) Geschäfte. — [2]) Über dauernde und zeitweilige Unmöglichkeit vgl. bes. Titze, Kr. Vjschr. 45 S. 351 ff.; Siber, Dogm. Jahrb. 50, 216—231. Krückmann 73 ff. Als Zeitpunkt der Beurteilung gibt Kleineidam, Dgm. Jb. 43, 120, sonderbarerweise an den Moment des Vertragsschlusses bzw. des nachträglichen Unmöglich-Werdens. Titze, der sich ohne ersichtlichen Grund gegen die Benennung Zeitpunkt der Beurteilung sträubt, erklärt maßgebend den Moment, in dem die Erfüllung noch obligationsmäßig wäre, wenn diese auch erst nach der Fälligkeit eintritt. Er dürfte aber einverstanden sein, wenn man diesen letzteren Zeitpunkt jeweils für den spätesten ansieht, falls aber das Urteil früher ergeht, dieses für maßgebend hält. Ähnlich im ganzen Krückmann bes. 84.

dem Eintritt der Bedingung oder des Termins, also vor der Fälligkeit gehoben wird. Diese Unmöglichkeit kann natürlich nur eine zeitweilige oder eine scheinbare sein. Mit einigem Grunde hat Titze[1]) aus diesem Sprachgebrauche des Gesetzes geschlossen, daß die Leistung schon dann unmöglich ist, wenn sie im Moment des Vertragsschlusses nicht erbracht werden kann, was, wie er selbst bemerkt, widersinnig ist. Es ist undenkbar, bei jedem Werklieferungsvertrag über eine erst herzustellende Sache ursprüngliche Unmöglichkeit anzunehmen[2]), und dies darf man offenbar nicht mit ihm als eine Ausnahme, sondern mit Kisch als Ausfluß des — de lege lata — richtigen, d. h. einzig leidlich durchführbaren Prinzips betrachten: Anfänglich unmöglich ist die Leistung, wenn beim Vertragsschluß eine der *Bedingungen* fehlt, „von denen die Möglichkeit der vertragsmäßigen Leistung abhängt".[3]) Indessen dürfen wir doch nicht folgendes verkennen. Diese Formulierung vermeidet den Hauptfehler nur aus dem Grunde und nur insoweit, als sie von der anfänglichen *Unmöglichkeit* weg einen Schritt zu dem anfänglichen *Leistungshindernis* tut. Nur die Frage nach letzterem ist eben beantwortbar. Man kann fragen, ob ein Hindernis beim Vertragsschluß *bestanden* hat (und weiter, worauf es nach meiner Ansicht ankommen sollte, ob die Parteien dieses gekannt haben). Aber man kann nicht fragen, ob dieses Hindernis *damals* ein dauerndes, total hinderndes usw. gewesen ist, ohne statt der wirklichen Unmöglichkeit, die man fassen möchte, eine scheinbare zu erhalten, die vielleicht schon vor der Fälligkeit oder dem Urteil entlarvt wird.[4]) Auch in diesem Punkte hat uns

[1]) Unm. 53. 212. 221. Die Ausführungen Krückmanns 111 ff. dürften Titzes Argument nicht aus dem Wege räumen. — [2]) Titze, Unm. 221. — [3]) Kisch, Kr. Vjschr. 44, 545. — [4]) Krückmann 105—127 kritisiert ebenfalls abfällig die Stellungnahme des Gesetzes, meint aber, bei der Auslegung des § 308 durch Titze, die er für die herrschende ansieht, falle § 306 „ins Leere", sei gegenstandslos, und damit wäre Krückmann zufrieden. Ich wäre es auch, aber so leicht läßt sich § 306 kaum abtun. — De lege ferenda will er den Unterschied zwischen anfänglicher und nachträglicher Unm. beseitigen, unter besonderer Hervorkehrung des Gesichtspunktes, daß es auf die Unmöglichkeit zur Erfüllungszeit ankomme ohne Rücksicht auf

die römische Stipulationslehre irregeleitet, die mit einer schematisch angenommenen anfänglichen Unmöglichkeit arbeitet, ja geradezu erklärt, die einmal getroffene Entscheidung dürfe bei einer Änderung der Sachlage nicht umgestoßen werden.[1])

b) Ob anfänglich oder nachträglich, darüber entscheiden Minuten und Sekunden. Ob die verkaufte Schiffsladung auf hoher See eine Minute vor oder nach dem Kontraktsschluß untergeht, ob die Mühle, aus welcher das verkaufte Mehl stammt, eine Minute früher oder später abgebrannt ist, davon hängt Nichtigkeit oder Gültigkeit ab. Schon Titze hat darauf hingewiesen, daß diese Härte des Gesetzes sich zu ihrem Nachteil von anderen gesetzlichen Durchschnittsregelungen unterscheidet, da man den Moment des Vertragsschlusses oft gar nicht kennt. Die Parteien selber legen auf den letzteren meist kein Gewicht.

Gegen die Unterscheidung des Gesetzes ist aber noch mehr einzuwenden, freilich m. E. nicht, daß der Moment des Vertragsschlusses der Natur der Sache nach von untergeordneter Bedeutung für die Leistungspflicht sei. Es dürfte am Platze sein, daß sich verschiedene Rechtsfolgen an anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit knüpfen; denn es ist nicht dasselbe, ob das einmal begründete Schuldverhältnis von dem Schuldner verletzt wird oder ob es vorweg scheitert; aber nicht in der Ordnung ist, daß dieses Scheitern an und für sich zum Angelpunkt der Regelung erhoben wird. Es ist angemessen, daß z. B., wenn die ver-

den Zeitpunkt, in dem die Unmöglichkeit entstanden ist (vgl. S. 282). Diese Stellungnahme entspringt ähnlichen Motiven wie die meinige, ihr Ergebnis fällt anders aus, da Krückmann an der Wirkung der Unmöglichkeit als solcher festhält. Von dem Standpunkt der auf die Unmöglichkeit abstellenden Lehre ist es nur zu begreiflich, daß man — so auch die oben S. 210 f. erwähnten Bestrebungen — wenigstens versucht, die Leistungshindernisse nicht bloß *von* einem späteren Zeitpunkt, als der Vertragsschluß ist, sondern auch *für* einen späteren Zeitpunkt zu beurteilen.

[1]) Vgl. die gemeinrechtliche Literatur bei Titze, Unm. 37 N. 6, welcher selbst die Motivierung der röm. Entscheidungen von seinem modernen Standpunkt aus „wenig glücklich" nennt. Sie sind aber durch den ganzen Aufbau der Lehre bedingt, vgl. oben S. 198. — D. 21, 2 l. 67 gehört nicht hierher.

kaufte Ladung eines eben angekommenen Schiffes (oben S. 216) nach dem Verkauf durch das Verschulden eines Angestellten des Verkäufers verbrennt, dieser dafür haftet, gleichgültig, ob er inzwischen Zeit hatte, seinen Angestellten von dem Rechte des konkreten Gläubigers zu unterrichten; denn das gehört zu den Interna seines Betriebes, um die sich der Gläubiger nicht zu kümmern braucht. Es wäre nicht angemessen, eine Haftung zu statuieren, wenn der Brand vor dem Verkaufe erfolgt und der Verkäufer davon noch nichts zu wissen brauchte. Aber es ist unangemessen, daß jener scharfen Haftung für nachträgliche Unmöglichkeit nicht eine ebenso scharfe zur Seite steht[1]), wenn der Verkäufer beim Geschäftsabschluß von dem Brande wissen mußte. Was für die Parteien maßgebend ist, das ist ihre Kenntnis der Sachlage, und das Recht kann daneben mit Fug, wie § 307, auf das fahrlässige Nicht-Kennen eines Hindernisses (nicht wie § 307 sagt: der Unmöglichkeit) Gewicht legen. Warum aber nicht dieser Umstand für die Haftung auf das Vertragsinteresse maßgebend sein soll, warum der nackte Tatbestand der objektiven Verhinderung der Leistung über Sein und Nicht-Sein der Obligation entscheidet, ist schlechterdings nur aus dem Dogma zu erklären: impossibilium nulla obligatio.

c) Es gibt viele Fälle allmählichen und schrittweisen Entstehens der Unmöglichkeit. Die überwiegende Meinung lehrt, der Grundanschauung nach konsequent, daß erst der letzte Moment der Entwicklung die Unmöglichkeit im Sinne des Gesetzes perfekt mache. Wenn also ein beim Verkaufe schon unterwaschenes Haus später, nehmen wir an, vor der Fälligkeit der Forderung, zusammenstürzt, ein verletztes Pferd später umsteht, das resolutiv bedingte Recht des Veräußerers durch Eintritt der Bedingung erlischt, der militärdienstpflichtige locator operarum einberufen wird, so liegt nachträgliche Unmöglichkeit, objektive oder subjektive, vor.[2]) Es kommt folglich darauf an, ob der Schuldner (oder

---

[1]) Nicht einmal die Herausgabe des stellvertretenden Kommodum sieht das Gesetz bei anfänglicher Unmöglichkeit vor. Kleineidam, Unm. 43. — [2]) S. bes. Schollmeyer, Schuldverh. 1, 98; Kleineidam, Unm. 86; Kisch, Unm. 33.

eine der in § 278 bezeichneten Personen) an dem Untergang z. B. des Hauses schuld sei. Da die schuldhafte Handlung aber schon vor dem Verkauf stattgehabt haben kann, so stellt sich zunächst das merkwürdige Ergebnis ein, daß die jetzige Lehre doch gedrängt ist, wie Titze eine fahrlässige Verletzung der Schuldpflicht vor dem Kontraktschluß anzunehmen, und z. B. zu untersuchen, ob eine längst früher erfolgte Untermauerung des Kellers fahrlässig war, wobei die Personen des § 278 übrigens füglich nicht in Betracht kommen. Noch viel sonderbarer ist indessen die Beurteilung, wenn eine schuldhafte Handlung unter den Ursachen fehlt. Hat sich der Verkäufer nur leichtsinnig nicht um den Zustand des Hauses gekümmert, so ist mit § 325 nichts auszurichten und, da die Unmöglichkeit eine nachträgliche ist, ebensowenig mit § 307. Es bleibt im allg. bei den Rechten des § 323. Ob außerdem Mängelhaftung Platz greife, ist eine mit Unterscheidungen zu beantwortende Frage, jedenfalls führt sie nur bei Arglist (oder fingierter Zusicherung) zum Schadensersatz. Bei Rechtsmängeln verweist § 440 auf § 325 zurück; eine gesetzliche Garantie für nachträgliche rechtliche Hindernisse der Leistung ist von den Redaktoren ausdrücklich abgelehnt worden.[1]) Es wäre auch unangebracht, die Haftung für solche Hindernisse überhaupt oder betreffs der Rechtsgewähr schärfer zu fassen als für faktische Hindernisse. Nun wollte aber das Gesetzbuch offenbar an der alttraditionellen Haftung des Verkäufers wegen eines anfänglichen Fehlers in seinem Recht[2]), der die Leistung des versprochenen Rechtes verhindert, nicht rütteln; man muß diese Haftung also aus dem einen oder anderen Paragraphen (bes. § 434) herleiten. Wie jedoch, wenn im Moment des Kaufabschlusses Lasten oder Beschränkungen vorbereitet sind, die das Recht des Verkäufers erst später

---

[1]) Prot. 2. Les. 1, 656; 665 f., die nicht bloß von nachträglichen Rechtsmängeln sprechen. — [2]) Der Entw. I §§ 374. 379 sprach geradezu von dem Mangel im Rechte des Veräußerers, das Gesetz aber redet vom Mangel im Recht, ein nicht einfacher Begriff. — Die im Text besprochene Frage verschärft sich übrigens für diejenigen Schriftsteller, welche im Falle des Verkaufs einer fremden Sache gar nicht anfängliches, sondern nachträgliches mit der Weigerung des Dritteigentümers eintretendes Unvermögen anerkennen wollen.

affizieren, wenn ein Enteignungsverfahren eingeleitet ist, oder eine Baulinienbestimmung?[1]) Mehrfach, vgl. freilich § 436, ist dabei eine Haftung kaum entbehrlich; in *einem* derart gelagerten Fall, wenn nämlich das verkaufte Wertpapier zwecks Kraftloserklärung aufgeboten ist, erkennt § 437 Abs. 2 die Haftung an. Nun mag man überall und muß man auch, wohl oder übel, nach einer Remedur suchen; und ähnlich beim Dienst- und Werkvertrag. Aber gelingt dies, so ist die stolze Unmöglichkeitslehre des Gesetzbuchs damit nichts weniger als gerechtfertigt. Der im allgemeinen Teil des Obligationenrechts an die Spitze gestellte Gesichtspunkt ist unrichtig. Es ist schlechthin unangemessen, daß der Verpflichtete nach § 323 von seiner Verpflichtung frei wird, wenn er den die Unmöglichkeit herbeiführenden Umstand zwar nicht veranlaßt hat, aber doch bei Eingehung des Vertrags voraussah oder voraussehen mußte.

Mit dem dargelegten Standpunkt des Gesetzes hängt es schließlich zusammen, daß es, statt mit dem römischen Recht den Schuldner ausnahmsweise durch Zufall zu befreien (liberatio), diesen ausnahmsweise für die Ereignisse einstehen läßt, die er zu „vertreten" hat. Damit sind die Dinge gerade auf den Kopf gestellt. Aber diese nicht gerechtfertigte Stellungnahme dürfte durch entsprechende Auslegung unschädlich zu machen sein.[2])

5. Vielerlei Schwierigkeiten entstehen bei der Behandlung der totalen oder partiellen, der Unmöglichkeit bei Unterlassungspflichten, die man für infungibel erklärt, des Verhältnisses der Unmöglichkeit zum Annahmeverzug des Gläubigers und zum Verzuge des Schuldners, bei der Abgrenzung des Unvermögens von der Unerschwinglichkeit und der Möglichkeit schlechthin. Zum Teil liegen diese Schwierigkeiten im Wesen der Sache, zum andern dürften sie aufs neue das bisher Gesagte bestätigen.[3])

---

[1]) Dies sind Rechtsmängel; nur nebenbei kann auch ein Sachmangel begründet sein. — [2]) Vgl. z. B. Oertmann zu § 440, S. 335 f. — Über eine unrichtige Folgerung aus derselben Auffassung im gemeinen Recht vgl. Haftung des Verkäufers 1, 156 N. 3. — [3]) Ich versage mir es sehr ungern, namentlich auf die in den Verhältnissen des Gläubigers begründete Unmöglichkeit einzugehen. Doch dürfte

B. *Ausnahmen.* Ein Erfordernis der sinnlich wahrnehmbaren Sache haben wir nicht. Das Gesetzbuch hat sich aber nicht bloß die Ergebnisse angeeignet, die die Stipulationstheorie in Ausbildung und Umbildung des alten Satzes erzielt hatte, sondern es hat trotzdem aus der Lehre der bonae fidei-Kontrakte einen Rechtssatz herausgegriffen, der zufällig gerade von den gemeinrechtlichen Schriftstellern öfter besprochen war. In § 437 findet man plötzlich Ulpian D. 18, 4 l. 4 wieder. Dagegen wäre nichts einzuwenden, stände § 437 nur nicht in einem so argen Mißverhältnis zu § 306. Was für das Eigentum gilt, gilt nicht für ein Patentrecht, ein Urheberrecht, nicht für eine Forderung, deren Nichtbestehen, man mag sagen was man wolle, stets objektive Unmöglichkeit bedeutet. Welchen Grund haben wir heute noch, res corporales und incorporales zu unterscheiden? Lassen sie sich überhaupt scharf unterscheiden? Gehört die hereditas eius qui vivit noch jetzt unter § 306 oder unter § 2376? das mit einer Niete gezogene Los unter § 437? Das Reichsgericht [1]) hat auf einen Lizenzvertrag, der über die Dauer des Patents hinauslief, § 306 angewendet; er paßt besser unter §§ 437. 445 (nicht 541). Aber dies sind noch anscheinend leicht entscheidbare Fälle. Titze [2]) hat eine Reihe von Kollisionen beider Gesetzesbestimmungen angeführt, wo Anhaltspunkte zur Lösung nahezu gänzlich fehlen: Versprechen eines Patents an einer patentunfähigen Erfindung; Verkauf von Aktien einer nicht bestehenden Aktiengesellschaft usw. § 437 mit Titze auszuschalten, geht m. E. nicht an. [3]) Eher ist § 306 vorzuziehen, wenn die Gattung des verkauften Rechts nicht besteht, z. B. Stockwerkeigentum. Aber eine unmittelbare gesetzliche Handhabe hierzu ist nicht vorhanden. Ferner ist auf folgenden Fall

ein Kenner der bisherigen Literatur sich unschwer überzeugen, daß auch da das Abstellen auf die vom Gläubiger verschuldete Unmöglichkeit statt auf die Hinderungsgründe und deren Kenntnis seitens der Parteien die hauptsächlichen Schwierigkeiten hervorruft.

[1]) Entsch. 51, 94. Kisch (Unm. 33) würde auch da nachträgliche Unmöglichkeit annehmen, was der Haftung nach § 437 nicht widerspricht. Ich habe mich mit all diesen Fragen an anderem Ort zu beschäftigen. Vgl. Haft. d. V. 336. — [2]) Titze, Unm. 65. — [3]) Aber das Interesse ist kaum liquidierbar. Vgl. unten S. 226 f.

hingewiesen worden[1]): A verkauft dem B ein Rennpferd, das bereits tot ist; keiner kann etwas von dem Tode wissen. Der Vertrag ist nichtig und keine Haftung auch nur auf das negative Interesse begründet. Der Verkäufer A zediert nun seine vermeintliche Kaufgeldforderung oder der Käufer B seinen Anspruch an C. Dieser aber erhält den Interesse-Anspruch durch § 437!

Ein anderer Durchbruch der Grundsätze findet in § 279 statt. Aber er genügt bekanntlich nur bei gewaltsamer Ausdehnung dazu, den Schuldner einer Spezies bei unverschuldetem nachträglichem Vermögensverfall haften zu lassen. Die Schwierigkeit der Lösung auch dieser Frage ist einmal darin begründet, daß das Gesetz die Befreiung des Schuldners prinzipiell an die Unmöglichkeit knüpft, während offenbar nur bestimmte dem Schuldner nicht zuzurechnende Ereignisse dessen Freiwerden herbeiführen sollten; sodann darin, daß die Speziesobligation in Rom ihre alten Grundsätze hatte, diese aber nicht mehr verdient. Andererseits geht, wenigstens nach der Ansicht des Reichsgerichts (57, 118) § 279 zu weit. Mit einschränkender Auslegung wird die außergewöhnliche Schwierigkeit, Sachen der vereinbarten Gattung zu verschaffen, der Unmöglichkeit gleichgestellt.[2])

Der tiefste Grund aller Verworrenheit ist der Satz: impossibilium nulla obligatio. Niemand weiß, warum die Unmöglichkeit als solche wirkt und befreit und daher fehlt die begriffliche Grundlage zur Abgrenzung ihres Bereiches. Daneben zieht sich in immer stärkerer Betonung durch unser Recht die Gebundenheit an das Wort, die Haftung gemäß der Zusage. Viele Schriftsteller wollen diesem Gedanken auf dem durch das Gesetzbuch freigelassenen Gebiet des Unvermögens, das Gesetzbuch will ihm in zahlreichen Be-

[1]) Von Herrn Geheimrat Strohal in der Diskussion, die sich an meinen Vortrag in der Juristischen Gesellschaft in Leipzig knüpfte. Titze a. O. wendet § 306 an, wenn die abgetretene Forderung sich auf eine unmögliche Leistung richtet. — [2]) Vgl. Oertmanns Übersicht S. 99. Wenn derselbe freilich meint, § 279 besage dies bereits nach dem Wortlaut, so ist er gezwungen, einen Begriff der objektiven relativen Unmöglichkeit („unter den obwaltenden Umständen") aufzustellen, der uns von dem alten Grundgedanken der Lehre wesentlich entfernt.

stimmungen Rechnung tragen. Um so stärker wirkt der Gegensatz zu der von außen auf das Schuldband einwirkenden Unmöglichkeit und um so aussichtsloser ist das Bemühen, eine gleitende Skala, einen allmählichen Übergang von der einen zu der andern Gruppe der Rechtssätze zu gewinnen.

V. Die entscheidenden Gesichtspunkte.

Hartmann hat seinen Kampf gegen Mommsen nicht glücklich geführt. Er hat die Tunlichkeit einer allgemeinen Norm für alle Verträge geleugnet, indem er in seiner „Spannkraft der Obligation" den objektiven Leistungsinhalt und die aufzuwendende Sorgfalt vermengte und ersteren daher in zu weitgehendem Maße von dem Entstehungsgrunde der Obligation abhängig machte.[1]) Er hat aber seine Kritik auch dadurch beeinträchtigt, daß er einerseits behauptete, der Satz impossibilium nulla obligatio sei logisch selbstverständlich, und andererseits diesem Satz ziemlich jede praktische Bedeutung für Rom absprach.[2]) Beides ist unzutreffend. Der Satz ist positiven Rechtes und hatte in Rom seine altertümliche Grundlage und seinen eigenen freilich durch die historische Herkunft engbegrenzten Wirkungskreis. Nichtsdestoweniger darf man an einige Bemerkungen Hartmanns anknüpfen, namentlich an dessen Versuche, einzelne Erscheinungen der römischen Doktrin auf unmittelbare „materielle" Gründe zurückzuführen, z. B. die Regel — mehr ist es nicht — „emptio rei suae non valet" durch die „Zweckbestimmung obligatorischer Rechtsgeschäfte" zu erklären.[3]) Es ist auch dies zum guten Teil historisch unrichtig.[4]) Aber wenn die römischen und die heutigen Entscheidungen ihren unmittelbaren Grund aus der Unmöglichkeitslehre ziehen, so ist damit nicht gesagt, daß hinter dieser

[1]) Vgl. Mommsen, Erörterungen 2, 88 Note, dagegen zwar Hartmann, Dogm. Jahrb. 22, 423 ff., s. aber die trefflichen Bemerkungen von Siber, Dogm. Jahrb. 50, 214 f. 233. — [2]) Ganz ähnlich verhält sich im Rechte des BGB. jetzt Krückmann, der an die logische Notwendigkeit glaubt, S. 60, und doch die Wirkung der Unmöglichkeit überall einengen will. — [3]) Hartmann, Obl. S. 191. — [4]) Vgl. bes. für die stipulatio rei suae Gai. 3, 99: quippe .. dari non potest; s. aber Girard, manuel [4]444 (mangelndes Interesse des Gläubigers).

nicht noch andere Erwägungen verborgen sind. Den Römern war ihr alter Satz vom in rerum natura esse der Sache und war der Satz impossibilium nulla obligatio das einfache Mittel, all den verschiedenen Rücksichten, die in Betracht fallen, gerecht zu werden. Culpa nostra, daß wir ihr roh genähtes Kleid, das sie bei den wichtigsten Gelegenheiten zu Hause ließen, uns zur Uniform zurecht geschneidert haben.

So erwächst uns die Aufgabe, die mannigfaltigen Bedürfnisse herauszuheben, die noch heute nach Geltung ringen und durch die geltende Lehre mehr verdeckt als befriedigt werden. Dabei darf ich von dem eben berührten Gesichtspunkt des von vornherein oder nachträglich erledigten Zweckes absehen, da von diesem längst anerkannt ist, daß er von der Unmöglichkeit zu unterscheiden ist und anders wirkt als diese. [1])

1. Bei der gesetzgeberischen Behandlung der anfänglichen Unmöglichkeit spielen vielerlei Gesichtspunkte mit. Vor allem ist meistens auf einer oder beiden Seiten ein Irrtum [2]) über die Sachlage vorhanden. Außerdem greifen zwingend die Rechtssätze über gute Sitten [3]) und über diejenigen Verbote ein, die nicht bloß das obligatorische, sondern auch das Ausführungsgeschäft treffen. Daneben kann, wenn ein Teil oder beide Parteien von der Unmöglichkeit wissen, Betrug vorliegen oder Scherz oder Schenkung. [4]) Oft scheitert ferner eine Interesseforderung von selbst an dem Mangel liquidierbaren Schadens. [5]) Der Wert einer undurchführbaren Erfindung läßt sich nicht feststellen; man darf hier nicht etwa die durchführbare Erfindung, an die der Käufer glaubte, substituieren. (Dies spricht nicht für § 306, denn von einem Mitgliedschaftsrechte

---

[1]) Windscheid, Pand. 2 § 343 a, N. 6. — Vgl. neuestens Oertmann [2] 81 und die dort Zit.; Krückmann 255 ff. — [2]) Der Gedanke an den Irrtum schwebt sicherlich sehr vielen vor; er scheint auch der Kern der immer wieder auftauchenden Anschauung zu sein, die Nichtigkeit des Vertrages beruhe auf dem Willen der Parteien. Siehe darüber Titze, Unm. 240 N. 41. Vgl. RGer. 51 S. 94. — Impossibility antecedent unknown to the parties a form of mistake. — [3]) Vgl. einerseits D. 18, 1 l. 34 § 2, andererseits Kipp [9] 2, S. 294 Z. 4. — [4]) Vgl. die Kasuistik D. 18, 1 l. 34 § 3 und l. 57 (insoweit nicht interpoliert). — [5]) Vgl. D. 45, 1 l. 103, Mélanges Gérardin p. 506.

an einer gar nicht bestehenden Aktiengesellschaft (§ 437) gilt dasselbe.) Doch sind mit alledem allerdings nicht alle Fälle restlos erledigt. Es erübrigt jene Gruppe der absurden, beiderseits ernst gemeinten[1]) Geschäfte, welche, die stipulatio hippocentaurum dare an der Spitze, so unverwüstlich jahrhundertelang durch die Lehrbücher zieht. Und allerdings, verspricht jemand Geister zu zitieren[2]) oder einen Königsthron zu verschaffen, so braucht die Rechtsordnung nicht zu reagieren. Aberglaube und Borniertheit geben keine Verkehrsinteressen ab. Dies scheint mir der einzige Fall, in dem § 306 in sich berechtigt ist. Wenn die Parteien ohne Irrtum über eine konkrete Tatsache vermöge ihrer geistigen Beschränktheit die Unmöglichkeit nicht in Rechnung zogen; wenn ein Mensch von normaler Intelligenz und Bildung, etwa der den Fall verständig würdigende Mann des § 119, doch mit der bloßen Kenntnis der Parteien über die Lage des einzelnen Falles ausgerüstet, ihren Irrtum nicht geteilt hätte — dann mag der Vertrag an dem Obligationshindernis der höheren Dummheit scheitern!

Im übrigen würden schon andere Kategorien unseres Systems ausreichen, die Funktionen des § 306 zu übernehmen. Nur die Anfechtung wegen Irrtums müßte, wenn man derselben überhaupt Platz gewähren will, eine entsprechende Neubearbeitung erfahren. Ein error in corpore liegt natürlich nicht vor, D. 18. 1, l. 15.

Von allem, was jemals sonst den Gesetzgeber bestimmt, die Bindung durch Verträge anzuerkennen, ist jeweils auch hier ein Stück richtig. Wer sich bindet, der möge zuvor seine Fähigkeit prüfen, dem Gläubiger den versprochenen Erfolg zu erringen. Ob er nicht leisten kann oder nicht leisten will, das sollte den Gläubiger nur insofern angehen, als es dem jeweiligen berechtigten Interesse des einen oder

[1]) Endemann, Einf. 1 [8], 362 N. 6, versucht in anders gearteten Fällen eine „objektive" Wertung der Ernstlichkeit in § 118. So soll die Bestellung einer Uhrkette von 1 Pfund Gewicht nicht als ernstlich gelten, obwohl der Besteller es wirklich ernst meint und beteuert. Mir scheint diese Ansicht eine wertvolle Unterstützung des hier Gesagten; nur dürfte es natürlicher sein, statt den Begriff der Ernstlichkeit zu denaturieren geradenwegs das Geschäft wegen dessen Albernheit nichtig zu erklären. — [2]) Schatzfinden by magic Ind. Contr. Act 56.

andern Teils entspricht, ein aussichtsloses Schuldverhältnis abzuschneiden. Daß dieser Gedanke der angemessene sei, hat in gewissem Sinne auch § 283 bestätigt. Aber man könnte immerhin dem Irrtum eine Folge beimessen, wohl nur dem entschuldbaren (§ 307) und erheblichen Irrtum und nur die Folge der Anfechtung seitens des Irrenden im Sinne von § 119. Hierbei würden Unvermögen und Unerschwinglichkeit mit der Unmöglichkeit gleich behandelt werden und nur statistisch viel seltener befreien, da in aller Regel der Schuldner über seine facultas dandi unterrichtet sein muß. Umgekehrt liegt ihm regelmäßig keine Erkundigungspflicht betreffs der Hindernisse ob, die in der Sphäre des Gläubigers entstehen. So ließe sich eine diskutable Grundlage herstellen[1]); bei ihrer Benützung wären aber doch die Fälle, in denen der Schuldner losgesprochen wird, sehr sorgfältig zu begrenzen. Jedenfalls hätte der *Schuldner* die Abwesenheit einer culpa in contrahendo zu beweisen. Überdies kann in gewissen Obligationen, besonders den Gattungsschulden eine individuelle Prüfung der Fahrlässigkeit wohl ganz entfallen. Im Zweifel ist dem Verkehr mit einer einheitlichen Haftbarkeit gemäß der Zusage besser gedient als mit dem Gegenteil. Möge sich jeder Schuldner das Wort Ciceros vorhalten: ne aut id profiteri videar, quod non possim implere, quod est impudentiae, aut non id efficere, quod possim, quod est aut perfidiae aut neglegentiae. (Pro Cluentio 18, 51.)

2. Viel näher kommt den sachentsprechenden Kriterien der Beurteilung die Lehre von der nachträglichen Unmöglichkeit. In ihren gröbsten Umrissen wird sie immer stehen bleiben müssen, aber einen völlig adäquaten Ausdruck für den erstrebten oder doch zu erstrebenden Erfolg bietet auch sie nicht. Wird etwa der Schuldner deshalb frei, §§ 285, 323, weil gerade die Unmöglichkeit die Obligation notwendig töten muß, wo sie sie findet, wie die Katze den Spatzen? Natürlich nicht; einerseits befreit auch jenes Un-

[1]) Auch Krückmann S. 129 begehrt bei Verschulden Haftung auf das Erfüllungsinteresse, bei Schuldlosigkeit Befreiung und findet, so wie ich, die in den Fällen des § 307 zugebilligte Haftung auf das negative Interesse doktrinär und schwächlich. Vgl. aber unten S. 229.

vermögen[1]), dem man bei anfänglichem Hindernisse keine zerstörende Wirkung beilegt, andererseits befreit nicht die zu vertretende Unmöglichkeit. Das hat schon Hartmann genügend beleuchtet. Wenn neuere Bestrebungen die nachträgliche mit der anfänglichen Unmöglichkeit gleich behandeln wollen, so scheint dies nicht zweckentsprechend zu sein, aber, daß ein gemeinschaftlicher Grundgedanke überall zutage tritt, das möchte auch ich glauben. Gerade so, wie die Parteien bei Eingehung des Schuldverhältnisses nicht alle gegenwärtigen Tatumstände überblicken können, ist ihnen auch nicht die Voraussicht aller künftig eintretenden Umstände zuzutrauen. Man hat den Parteien nur die im Verkehre erforderliche Umsicht und Übersicht über die Sachlage zuzumuten. Dies ist der gemeinschaftliche Gesichtspunkt; aber er erzielt verschiedene Folgen. Immer zwar ergibt er die regelmäßige Leistungspflicht, ferner aber ergibt er, auf die anfänglichen Leistungshindernisse angewendet, die ausnahmsweise Berücksichtigung des entschuldbaren Irrtums, auf die nachträglichen angewendet: die ausnahmsweise (einredemäßige) Befreiung von der Verbindlichkeit infolge der Hinderungsgründe, die der Schuldner bei seiner Obligierung nicht voraussehen mußte[2]) und für die ihm auch weder Gesetz noch Vertrag die Garantie auferlegen. Die Unmöglichkeit bleibt dabei bedeutsam, insoferne sie als Befreiungsgrund

[1]) H. A. Fischer S. 33 bekämpft allerdings gerade dies de lege ferenda. — [2]) Analoges gilt für die Umstände, die der *Gläubiger* voraussehen mußte. — Diese Betonung der Voraussehbarkeit bildet den Punkt, in dem sich meine Ansichten mit denen Krückmanns S. 282 am meisten berühren. Trotzdem sind die Abweichungen sehr beträchtlich. Insbesondere: 1. Nach Kr. soll der Schuldner nur haften, wenn er die *Unmöglichkeit* bei Abschluß des Vertrages kannte oder kennen mußte, während es m. E. dazu hinreicht, wenn er die *Hindernisse,* die nachmals Unmöglichkeit bewirken, kennen muß. 2. Der fahrlässig versprechende Schuldner soll nur den aus der *Nichtanzeige* entspringenden Schaden ersetzen, nicht aber den aus der *Nichtleistung* folgenden, also nur das negative Interesse. 3. Es soll nach wie vor darauf ankommen, ob der Schuldner nach Abschluß des Vertrags „die Unmöglichkeit verschuldete". 4. Zwar nicht S. 282, aber wie es scheint S. 128 f. spricht Kr. von einer Haftung wegen verschuldeter Unmöglichkeit schlechtweg, also auch einer vor dem Vertragsschluß verschuldeten, die der Schuldner nicht kennen muß.

genügt oder den Gläubiger etwa zum Geldanspruch berechtigt. Sie spielt aber nicht die Rolle, daß immer nur sie befreit und daß sie auch dann befreit, wenn sie für den Schuldner voraussehbar war. In erster Linie steht vielmehr die Veränderung der Umstände.[1])

Ein gesetzgeberischer Vorschlag könnte sich mit dieser ganz allgemeinen Formulierung nicht zufrieden geben; er müßte die Gründe näher umschreiben, die den Schuldner befreien. Sicher dürfte nach dem früher Gesagten das Folgende sein:

Bei schrittweise entstehender Unmöglichkeit ist nicht das letzte Ereignis, sondern der beim Kontraktschluß bestehende Keim in die Wagschale zu legen. Das neue Moment, auf das der Schuldner nicht zu rechnen brauchte, fehlt, wenn das verkaufte Recht resolutiv bedingt ist. Eine Fabrik, die während eines allgemeinen Streiks Lieferungsverträge abschließt, wird, wenn sie wegen Fortdauer des Streiks nicht liefern kann, jedermann haftbar machen wollen; aber sie schließt nicht einen Nebenvertrag auf Garantie, sondern sie muß auf Erfüllung haften; beides läßt sich übrigens füglich nur annehmen, wenn man ihr das Wissen vom Beginne, nicht die Fortdauer, an der sie unschuldig ist, anrechnet. — Nicht die Unmöglichkeit befreit, sondern der Schuldner muß sich „entschuldigen".[2]) Facta debitoris und seien sie selbst unverschuldet, sofern nur in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Obligationsbandes[3]) erfolgt, sind niemals ein Entschuldigungsgrund. Aus ähnlichem Grund entschuldigt niemals die Zahlungsunfähigkeit, da es

---

Dazu kommt der Satz S. 129: „Höchstens würde ich Haftung auf das bloß negative Interesse dort für zulässig halten, wo dem Schuldner *nach* dem Vertragsschluß Verschulden zur Last fällt." Ist das kursiv gedruckte „nach" ein Druckfehler für „vor"?

[1]) D. h. im Sinne Krückmanns S. 47 N. 37: nicht erwartete Veränderung oder erwartete aber nicht eingetretene Veränderung. Sehr interessant der russische Art. 457 (bei Krückmann S. 55 N. 45); man sehe übrigens, wie das Reichsgericht 50, 257 f. auf dem Wege der Vertragsauslegung demselben Gesichtspunkt Rechnung trägt. Zu den dort ang. Sondervorschriften gehört jetzt auch Verlagsges. § 35. — [2]) Oben S. 207 und S. 222. — [3]) Vgl. D. 12, 1 l. 5: si aliqua iusta causa sit, propter quam intellegere deberes te dare oportere.

im Verkehr gerade Sache des Schuldners ist, mit dieser zu rechnen. Soweit neu eintretende, die Leistung unmöglich machende Umstände den Schuldner befreien, ebensoweit muß ihn auch die nachträgliche Unerschwinglichkeit befreien. In beiden Fällen ist zu erwägen, ob und wann die Befreiung eine völlige sein oder die Pflicht zum Ersatze der vera aestimatio übriglassen soll, eine Frage, die selbstverständlich mit der Regelung des Rücktrittsrechts bei gegenseitigen Verträgen zusammenhängt.

Von einem Vorschlage für die Gesetzgebung der Schweiz oder anderer Staaten möchte ich an dieser Stelle absehen, denn, wenn die bisherigen Darlegungen richtig sind, so zeigen sie, daß die ganze Lehre noch einmal nach allen Seiten neu zu durchdenken und neu zu regeln ist. Was diese Ausführungen bezwecken, ist lediglich die Illustrierung der negativen Kritik durch eine positive Aufstellung. Muß man in dieser Richtung es noch sagen, daß die Unmöglichkeit nicht verdient, neben dem Verzuge allein alle Ereignisse, die sich zwischen Obligationsentstehung und Erfüllung abspielen, zu beherrschen? Die vielerörterte positive Vertragsverletzung gehört ihrer Natur nach weder da- noch dorthin, sie gehört in die allgemeine Lehre von der Nichterfüllung, wie sie in der romanistischen Kulpalehre enthalten war und die wir auch für das im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte von Anfang bestehende Unvermögen rekonstruieren müssen.

VI. Unsere Stellung zum Gesetzbuch.

Im allgemeinen dürfte es weder aussichtsvoll noch wissenschaftlich gerechtfertigt sein, eine Meinung, und sei sie sachlich oder historisch noch so stark begründet, gegen die unzweifelhaft im positiven Gesetz eingeführte Grundanschauung durchzukämpfen. M. E. ist daher bewußt darauf zu verzichten, etwa den § 306, da er nicht sagt, was unmöglich ist, durch neue, von der Windscheidschen Lehre völlig verschiedene Meinungen lahmzulegen. Andererseits aber ist, wie ich glaube gezeigt zu haben, der Grundgedanke des Gesetzes unbegründet, zum Teil nicht durchgeführt und zum Teil undurchführbar. Daraus folgt immerhin mehreres,

und es seien anhangsweise einige Worte darüber gestattet, wie man sich m. E. zum Gesetze nach alledem verhalten muß, namentlich in den oben beispielsweise herangezogenen Fragen.

1. Absichtlich von den Redaktoren nicht erledigt ist die Frage, inwieferne durch ein anfängliches Unvermögen, durch eine in den Tatbestand des § 437 fallende anfängliche Unmöglichkeit oder durch eine nachträgliche zu vertretende objektive oder subjektive Unmöglichkeit das Schuldverhältnis oder der Anspruch sich verringere. Es steht daher nichts im Wege, diese Frage völlig zu verneinen. Daraus resultiert die theoretisch richtige Grundlage für die von der Praxis gern zugebilligte Klage auf Naturalerfüllung und für die sonst oben II erörterten Rechtssätze.[1])

2. Die Argumentation aus dem Sprachgebrauch des Gesetzes schlägt nicht durch, sobald man von der Geschlossenheit seiner Grundbegriffe nicht mehr überzeugt ist. An die verfehlte Ausdrucksweise des § 308[2]) hält man sich ohnedies nicht mehr. Daß aber §§ 251, 633f., 2170 die unverhältnismäßige Aufwendung der Unmöglichkeit zur Seite stellen[3]), ergibt keinen Beweis mehr dafür, daß erstere im allgemeinen nicht in Rücksicht komme, sondern im Gegenteil dafür, daß das Gesetz mit der Kategorie der Unmöglichkeit nicht auslangt. Daraus dürfte die analoge Anwendbarkeit dieser Gesetzesbestimmungen[4]) auf verwandte Konstellationen folgen. Z. B. wird sich der Schenker analog § 2170 cf. § 519 durch Entrichtung des „Wertes" befreien dürfen; der dinglich auf Herstellung des rechtmäßigen Zustandes Belangte[5]) darf wegen Untunlichkeit analog § 251 den Berechtigten „in Geld entschädigen"; der Verkäufer, der „Lieferung der Ware in tadellosem Zustand" und damit Beseitigung eines Mangels verspricht[6]), darf analog

---

[1]) Fort fällt z. B. auch der aus der Rechtslogik geholte Beweisgrund von Kisch, Kr. Vjschr. 44, 539, gegen Titzes Behandlung der Wahlschuld: die unmögliche Leistung könne nicht in obligatione sein und sei schon deshalb unwählbar. — [2]) Oben S. 217. — [3]) Oben S. 205. — [4]) Die übrigen oben S. 205 ang. §§ (außer § 2288) gestatten nicht unmittelbare Verwertung. — [5]) Vgl. v. Tuhr, Dogm. Jahrb. 46, 39 ff. 56. — [6]) Vgl. Oertmann, Schuldverh. [2] S. 373, β.

§ 633 Abs. 2 die Beseitigung verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert.

Andererseits ist die Unerschwinglichkeit nicht der logischen Unmöglichkeit unterzuordnen oder unter einen Begriff der juristischen Unmöglichkeit zu setzen; dies kann wieder nur jemand tun, der den Begriff der Unmöglichkeit für den allein maßgebenden hält. Aber da derselbe in unserer Frage sich als zu eng erweist, ist eine analoge Anwendung auch der Vorschriften über befreiende objektive oder subjektive Unmöglichkeit erlaubt, wenn die *Hinderungsgründe* den Gründen dieser befreienden Unmöglichkeit verwandt sind. Hat der Zechenbesitzer noch so viel Kohle, daß er gerade die unentbehrlichen Wasserhaltungsmaschinen versorgen kann, so ist die Leistung von Kohle möglich, ihm aber trotzdem nicht zuzumuten. Dem vollständigen Aussterben der Gattung (§ 279) ähnelt das nahezu vollständige Verschwinden derselben. Ob man die Gleichstellung vorzunehmen hat, m. a. W. inwiefern übergroße Leistungen zuzumuten seien oder nicht, das bestimmt sich natürlich danach, ob der Schuldner mit der Möglichkeit rechnen mußte, außerordentliche Opfer zu erbringen.[1])

Dies scheint mir bei dem beabsichtigt uneinheitlichen System des Gesetzes der gegebene Weg. Einheitliche Prinzipien für unerschwingliche Leistungen aufzustellen, geht nicht an, da dort der Schuldner nur Weigerungsrechte mit verschiedenen Rechtsfolgen bekommt, hier die Unmöglichkeit total und ipso iure befreit. Daß die Entscheidung nicht in allen Fällen glatt sein kann, ist nur zu gewiß.

Das Gesagte gilt allgemein; sind aber öffentliche oder sittliche Pflichten des Schuldners der Grund der Unerschwinglichkeit, so verursacht die Besonderheit derselben verschiedenartige Abweichungen, auf die einzugehen hier nicht der Ort ist.[2])

---

[1]) So in dieser Frage bereits Binder, Zschr. f. HR. 52, 601; Titze, Unm. 7, legt wenigstens darauf Gewicht, ob der Schuldner die Opfer *kannte*. Nur dies wird wirklich in den vor. S. nach N. 4 genannten Fällen erheblich sein, da dortselbst der allgemein-wirtschaftliche Gesichtspunkt mitwirkt, daß man vorhandene Werte möglichst selten zerstören soll. — [2]) Erwähnt sei nur, daß es ein Persönlichkeits-(Individual-)Recht des Schuldners ist, solchen Pflichten, soweit sie

3. Auch sonst hat die Unmöglichkeitslehre selbst im Gesetze ihre Schranken, die wir uns hüten werden, durch Ausspinnung aller ihrer logischen Konsequenzen zu durchbrechen. Nicht bloß werden wir die teilweise Unmöglichkeit, die sich begrifflich für die nicht rechtzeitige Leistung ergeben mag, da sie doch in §§ 286, 326 geregelt ist, dem Verzugsrecht belassen, was vielleicht keinen beträchtlichen praktischen Unterschied ausmacht, nicht bloß werden wir von der Subsidiarität der Lehre gegenüber der Sachmängelhaftung nur den vorsichtigsten Gebrauch machen, sondern wir werden es auch vorziehen, die sogenannte positive Vertragsverletzung und die davon zu unterscheidenden Verletzungen einer Unterlassungspflicht, sofern dadurch nicht totale Unmöglichkeit herbeigeführt ist, nach dem allgemeinen Grundsatze zu behandeln, daß die Leistungspflicht unberührt bleibt, wo sie nicht aufgehoben ist[1]), und die Ersatz- und Rücktrittsrechte des Gläubigers aus der Analogie der §§ 286. 326 zu gewinnen. Den vielgedeuteten § 242 braucht dieser Grundsatz zu seiner Unterstützung nicht.

4. Anders steht es freilich mit dem nachträglichen unverschuldeten Vermögensverfall, da er m. E. zweifellos unter das gesetzlich geordnete nachträgliche nicht zu vertretende Unvermögen fällt.[2]) Indessen hat gerade da sogar Planck mit gewaltsamer Ausdehnung des § 279 Abhilfe geschaffen.

5. Wenn aber dies erlaubt ist, so wird es vielleicht auch gestattet sein, den § 276 extensiv interpretierend, als zu vertretende Unmöglichkeit die erst nachträglich perfekte, aber im Moment des Kontrakts vorbereitete Unmöglichkeit

---

übh. das Schuldverhältnis an Stärke überwiegen, zu genügen; daher entfällt die Klage auf Naturalerfüllung. Einen Sänger, der ein Gastspiel zusagt, obwohl er weiß, daß an dem betreffenden Ort die Cholera wütet, darf man nicht zwingen, hinzureisen; aber warum sollte er nicht den Schadensersatz schulden? Übrigens darf man es für Dienstverträge regelmäßig ruhig bei §§ 626. 627 bewenden lassen.

[1]) Dies ist ungefähr das Gegenteil von dem, wovon Lehmann, Unterlassungspflicht 251, in derselben Frage ausgeht: Es sei de lege lata geprüft selbstverständlich, daß der Schuldner frei ist, soweit er nicht haftbar gemacht ist. — [2]) Niemals wäre dergleichen den Römern beigekommen. Vgl. D. 45, 1 l. 137 § 4.

(oben S. 220) anzusehen, ohne Rücksicht auf „Arglist" des Schuldners, sofern er nur davon wissen mußte.[1])

6. Unheilbar bleibt zwar im ganzen die gegensätzliche Regelung der Rechtsfolgen des anfänglichen Unvermögens, der anfänglichen Unmöglichkeit und der nachträglichen; aber dem § 306 wird jetzt vielfach mit der Fiktion einer Garantie begegnet, die als Notbehelf zulässig ist. Umgekehrt darf die Haftung aus § 437 eingeschränkt werden, arg. § 307, falls der Käufer den Mangel kennen muß, wie der Bankier, der von einem Privaten ein gezogenes Los kauft. Was die begriffliche Abgrenzung von Unmöglichkeit und Unvermögen betrifft, so möchte ich vorschlagen, daß man sich auch da durch Formeln möglichst wenig beengen soll. Verhältnismäßig am harmlosesten ist die an die römischen Quellen anschließende Gegenüberstellung der in der Person des Schuldners und der in der Natur des Leistungsgegenstandes liegenden Hindernisse. Aber die richtige Methode scheint mir zu sein, daß man sich einerseits an die aus dem römischen Recht überkommene, den Redaktoren vorschwebende Entscheidung halte, die eine bloß subjektive Unmöglichkeit bei allen im Rechte des Schuldners begründeten Leistungshindernissen annimmt[2]), andererseits weniger an die Begriffe als an die Rechtsfolgen, die das Gesetzbuch aufstellt. Zwischen allen diesen Rechtssätzen sich hindurch windend, muß man das System mit verhältnismäßiger Folgerichtigkeit aufbauen. Daraus dürfte z. B. folgen, daß de lege lata der Verlust und der Diebstahl der geschuldeten Sache nach Analogie ihres Untergangs zu behandeln ist[3]), weiter, daß der Unterschied zwischen höchst

---

[1]) Auch hierzu bestehen bereits wichtige Ansätze. Vgl. Kisch, Unm. 100 u. d. zit. Entsch.; Titze, Unm. S. 83 unten, 84 oben. Man wird aber zugeben, daß die richtigen Bemerkungen dieser Gelehrten die alte Lehre verlassen. — [2]) Nur hierüber schienen die Quellen den gemeinrechtlichen Autoren eine zweifelsfreie Entscheidung zu geben, siehe bes. Mommsen 1, 18 und die bei Windscheid, Pand. § 315 N. 3 angeführten anderen Erörterungen Mommsens und Windscheids. D. 19, 1 l. 55 gehört übrigens unter die juristischen Hindernisse. Wie es in Wahrheit mit den römischen Quellen steht, ist hier irrelevant; sie sind eben von total anderen Gesichtspunkten zu betrachten. — [3]) Oben S. 214 f.

persönlichen und fungiblen Leistungen fallen zu lassen ist[1]); denn, wenn rechtliche, in der Person des Schuldners liegende Hindernisse bei den letzteren Leistungen Unvermögen und Haftung begründen, so muß dasselbe ohne Unterschied zwischen fungiblen und nicht fungiblen Leistungen, zwischen dare und facere, gelten. Z. B. wird der Mangel der facultas docendi oder der Berechtigung, Lehrlinge zu halten, eine sehr nahe Analogie zu dem Mangel der facultas des Verkäufers oder Vermieters einer fremden Sache ergeben. Man könnte m. E. dann nur zweifeln, wie faktische, in der Person des Schuldners (nicht in seinem Verhältnis zu einer Sache) liegende Hinderungsgründe zu behandeln seien, ob nach Analogie der eben erwähnten Bestimmungen, oder aber nach Analogie der Pflichtenverteilung bei nachträglicher Unmöglichkeit.[2]) Durchschlagend aber dürfte doch die erstere sein. Z. B. kann man den Mangel der nötigen Kenntnisse des Schuldners kaum anders ansehen als den Mangel im Rechte des Schuldners, und dann wird er wohl auch für anfängliche Krankheit einstehen müssen, und so mag man immerhin in diesem Punkte die Oertmannsche Formel annehmen, daß alle in der Person des Schuldners liegende Hinderungsgründe ein Unvermögen begründen, aus der aber Oertmann selbst die gegenteilige Konsequenz gezogen hat, oder man mag künstlicher in allen diesen Fällen nach englischem Muster mit der Annahme einer Garantie operieren — falls man nur irgendwie für die Klage auf Naturalleistung sorgt, wo sie nötig ist.[3]) Sachlich entscheidet doch die Rechtsanalogie.

Folgt man aber diesen notwendig subjektiv-willkürlichen Aufstellungen oder nicht; wenn die Erkenntnis, daß die Lehre des Gesetzbuches in der Anlage verfehlt ist, und auf welche Kriterien sie unbewußt hindrängt, welche anderen

[1]) Oben S. 213. — [2]) Bei nachträglicher Unmöglichkeit ist vom Gesetze keinesfalls im allgemeinen und nach der herrschenden Meinung nicht einmal für den Werkvertrag, vgl. Planck-André [3] 2, 616, die sogenannte Sphärentheorie angenommen. Dieselbe wäre auch im Gesetzbuch durchführbar gewesen, die oben S. 229 angedeutete prinzipielle Auffassung würde aber noch zwingender auf diese Theorie hinführen. — [3]) Das oben S. 233 N. 2 Gesagte trifft auch hier zu, sofern z. B. der Schuldner krank ist und sich pflegen muß.

endlich die Natur der Sache verlangt — wenn diese Erkenntnis Aufnahme finden könnte, so würde auch die Gesetzesanwendung bald Spuren derselben aufweisen. Von der Unerschwinglichkeit der Leistung abgesehen, dürfte man in allen Fällen mit dem Grundsatz, daß Haftung besteht, solange sie nicht durch Gesetz oder Vertrag aufgehoben ist, in Verbindung mit dem Streben, die Sphäre der Unmöglichkeit einzuengen, zu einer Auslegung gelangen, welche den Bedürfnissen des Rechtslebens besser entspricht, als eine Lehre, die starr an dem überlebten Grundsatz „impossibilium nulla obligatio“ festhält.

Zur Lehre von den Fiktionen.

Von

Dr. **Franz Bernhöft.**

Erster Abschnitt: Begriff und Arten.

§ 1. Begriff.

Fiktion ist ein Rechtssatz, durch den an einen bestimmten Tatbestand (Fiktionsbasis)[1] dieselben Rechtsfolgen geknüpft werden, die ein anderer Tatbestand (fingierter Tatbestand) hat.

In ihrer einfachsten Gestalt haben die Fiktionen etwa folgende Fassung:

> Wenn der Tatbestand *a* (Fiktionsbasis) vorliegt, so sollen dieselben Rechtsfolgen eintreten, als wenn der Tatbestand *b* (fingierter Tatbestand) vorläge.

Oder kürzer:

> Wenn der Tatbestand *a* vorliegt, so ist der Tatbestand *b* als vorhanden anzusehen (oder auch: so gilt der Tatbestand *b* als vorhanden).

Derartige Rechtssätze haben genau dieselbe Bedeutung, als wenn die betreffenden Rechtsfolgen ohne weitere Vermittelung an den Tatbestand der Fiktionsbasis geknüpft würden. Das Gesetz würde dasselbe erreicht haben, wenn es die Rechtsfolgen für diesen Tatbestand nochmals wiederholt hätte oder auf die betreffenden Paragraphen verwiesen hätte.

Dieser Weg wird auch häufig eingeschlagen, namentlich dann, wenn es sich um ganz bestimmte, leicht festzustellende Rechtsfolgen handelt. Wenn es sich aber um einen ganzen Komplex von Rechtsfolgen handelt, oder wenn die Rechtsfolgen im einzelnen vielfachen Modifikationen und Ausnahmen unterliegen, so würde eine vollständige Wiederholung außerordentlich unbequem sein; für den Gesetzgeber läge außerdem die Gefahr vor, daß er den einen oder den anderen

[1]) Nach Bekker, System des heutigen Pandektenrechts II S. 100.

Punkt übersehen könnte, und andererseits müßte der Richter bei der Anwendung des Rechtes stets bei jeder Frage prüfen, ob eine bestimmte Rechtsfolge des Tatbestandes *b* von dem Gesetzgeber auch ausdrücklich an den Tatbestand *a* geknüpft worden ist. Übersichtlicher und bequemer ist es, einfach zu bestimmen, daß der Tatbestand *a* dieselben Rechtsfolgen haben soll wie der Tatbestand *b*. Rechtssätze, in denen das geschieht, nennen wir dann Fiktionen.

Bei ihrer Anwendung pflegt man sich eines naheliegenden Kunstgriffes zu bedienen, auf den auch schon ihre Fassung selbst hinweist. Man denkt sich zunächst den Tatbestand *b*, also den fingierten Tatbestand, und prüft, welche Rechtsfolgen dieser gehabt haben würde. Die so gefundenen Rechtsfolgen überträgt man dann auf den Tatbestand *a*, die Fiktionsbasis.

Gegen dieses Verfahren, welches sich für die meisten Fälle schon durch seine Einfachheit empfiehlt, läßt sich nichts sagen, wenn man sich dabei gegenwärtig hält, daß der fingierte Tatbestand nicht wirklich, sondern nur gedacht ist, und daß wirklich allein die Fiktionsbasis ist. Läßt man dies außer acht, so sind Fehlschlüsse unvermeidlich; der fingierte Tatbestand kann mit dem wirklich vorliegenden in Kollision geraten, und eine unlösbare Verwirrung kann die Folge davon sein. Auch bei Rechnungen pflegt man, um sie zu erleichtern, gelegentlich fingierte Werte einzusetzen, aber man vergißt dabei nicht, daß diese den wirklichen Werten nicht entsprechen, und bringt am gehörigen Orte die erforderlichen Korrekturen an.

In der Literatur tritt aber vielfach eine gerade entgegengesetzte Anschauung auf, als ob die Fiktion imstande wäre, eine eigene Art von Wahrheit, eine „juristische Wahrheit“, zu schaffen, als ob der Richter, unter dem hypnotischen Einfluß des Gesetzgebers stehend, Tatsachen für wirklich wahr halten müsse, von denen jeder weiß, daß sie nicht wahr sind, und andere Tatsachen, die zweifellos wahr sind, für nicht wahr halten müsse. Es würde so neben der wirklichen Welt eine juristische Welt bestehen, die sich zum Teil nach eigenartigen Gesetzen aufbaut und mit jener in einen offenen Widerspruch treten kann. Die Anschauung

zeigt sich bei vielen Schriftstellern mehr oder weniger deutlich und beeinflußt naturgemäß die Auslegung der betreffenden Rechtssätze; ihre nachteilige Einwirkung auf die Entwicklung der Rechtswissenschaft macht sich nach der Einführung des BGB. bei dem großen Umfang, den die Fiktionen in diesem einnehmen, besonders stark bemerkbar.

Die Anschauung verkennt nicht nur das Wesen der Fiktionen, sondern auch die Stellung des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber kann Rechte schaffen und hat in dieser Beziehung unbeschränkte Machtvollkommenheit, aber Tatsachen kann er überhaupt nicht schaffen. Er kann z. B. nicht bestimmen, daß ein lebender Mensch tot ist, sondern nur, daß dieselben Rechtswirkungen eintreten, die sein Tod gehabt haben würde. Er kann nicht bestimmen, daß der von A Erzeugte von B erzeugt ist, sondern nur, daß dieselben Rechtswirkungen eintreten, als wenn er von B erzeugt wäre.

Ferner aber wird jene Anschauung sehr oft der klaren Erkenntnis des juristischen Vorganges hinderlich. Es kommt vor, daß eine Fiktion nur in gewissen Rechtsfragen Platz greift, während in anderen der wirkliche Tatbestand für die Beurteilung zugrunde gelegt werden muß. Dies kann sogar in demselben Prozesse vorkommen (ein Beispiel s. unten). Dann würde an den Richter das seltsame Ansinnen gestellt werden, daß er zwei widersprechende Tatbestände zugleich als wahr denkt. Ja, es kann vorkommen — allerdings nur infolge eines technischen Fehlers des Gesetzes —, daß in demselben Rechtsfalle zwei widersprechende Fiktionen zutreffen (ein Beispiel unten § 9), und daß dann neben dem wirklichen Tatbestande zwei fingierte Tatbestände in Frage kommen.

Dem gegenüber muß folgendes betont werden.

Damit eine Fiktion in Kraft tritt, ist die Fiktionsbasis nachzuweisen. Diese allein ist der rechtserzeugende Faktor.

Es ist nun keineswegs anzunehmen, daß mit dem Beweise der Fiktionsbasis auch der fingierte Tatbestand bewiesen sei. Im Gegenteil ist es sehr häufig zweifellos, daß der fingierte Tatbestand nicht wahr ist. Allerdings treten dieselben Rechtswirkungen ein, wie sie der fingierte Tatbestand erzeugt haben würde, aber nur, soweit die Fiktion

gilt, nicht darüber hinaus. Handelt es sich also um anderweitige Rechtswirkungen, so ist stets der wirkliche Tatbestand zugrunde zu legen, ohne jede Rücksicht auf die Fiktion.

Die Fiktion erzeugt nur Rechtswirkungen, aber sie ändert nicht den wirklichen Tatbestand. Daher ist es unbedingt unzulässig, aus dem fingierten Tatbestande tatsächliche Folgerungen zu ziehen, wie sie sich ergeben würden, wenn er wahr wäre.

Setzen wir den Fall: Im zehnten Monat nach dem Tode eines Erblassers wird von dessen Witwe ein Kind geboren; es handelt sich um das Erbrecht des Kindes. Von der Gegenseite wird nach BGB. § 1593 „die Unehelichkeit des Kindes geltend gemacht" mit der Begründung, daß der Erblasser in den letzten sechs Monaten seines Lebens wegen Krankheit überhaupt unfähig gewesen sei, den Beischlaf zu vollziehen.

Nach BGB. § 1923 II wird fingiert, daß das Kind vor dem Erbfalle geboren ist.

Nach der Theorie der „juristischen Wahrheit" des fingierten Tatbestandes entwickelt sich eine seltsame Gedankenreihe. Der Erblasser ist am 3. März gestorben. Der gesetzliche Vertreter des nachgeborenen Kindes bringt eine Urkunde bei, nach der das Kind am 27. Dezember geboren ist, und auf Grund dieser soll es „juristische Wahrheit" sein, daß das Kind vor dem 3. März geboren ist.

Juristische und natürliche Wahrheit ist es aber, daß das Kind am 27. Dezember geboren ist, und daß es unter den obwaltenden Umständen nach § 1923 II ein ebensolches Erbrecht wie ein vor dem 3. März geborenes Kind hat. Für alle tatsächlichen Folgerungen ist die wirkliche Zeit der Geburt maßgebend. Soll z. B. die Empfängniszeit berechnet werden, so kann man dafür natürlich nicht den fingierten Tatbestand zugrunde legen, sondern nur die wirkliche Zeit der Geburt. Nach dieser ist zu entscheiden, ob das Kind vom Erblasser erzeugt ist oder nicht. Fällt diese Entscheidung für das Kind günstig aus, so ist für die weitere Frage, ob es unmittelbarer Erbe des Erblassers ist, die Fiktion des BGB. § 1923 II maßgebend.

Der innere Vorgang bei dem Richter ist dabei nicht so zu denken, als wenn er sich nunmehr im Gegensatz zu seiner früheren Annahme wirklich vorstellte, das Kind sei nicht im zehnten Monate nach dem Tode des Erblassers, sondern vor dessen Tode geboren worden, sondern der Richter vergegenwärtigt sich nur, daß in diesem Falle nach gesetzlicher Vorschrift dieselben Rechtsfolgen eintreten wie bei einem vor dem Tode des Erblassers geborenen Kinde.

Auf den ersten Blick scheint es, als ob es sich hier nur um einen Wortstreit handelt. Es scheint ziemlich gleichgültig, ob der Richter den fingierten Tatbestand für wahr hält oder ob er nur die Folgen eintreten läßt, die der fingierte Tatbestand gehabt haben würde. Beides muß — so sollte man annehmen — zu demselben Ergebnisse führen.

Aber für die Auslegung des Gesetzes macht dies einen wesentlichen Unterschied.

Wenn die Fiktion den Richter verpflichtete, den fingierten Tatbestand als wahr anzunehmen, so hätte man nur zu prüfen, welchen Tatbestand der Richter nach der Ansicht des Gesetzes annehmen soll. Die Rechtswirkungen dieses Tatbestandes würden dann von selbst unvermeidlich eintreten, ebenso wie bei einem wirklichen Tatbestande, und die Frage, ob auch sie der Absicht des Gesetzes entsprechen, wäre unzulässig. In der Tat sind auch häufig aus Fiktionen Folgerungen gezogen worden, die unmöglich in der Absicht des Gesetzes liegen können.

In Wirklichkeit aber ordnet das Gesetz nicht an, daß der fingierte Tatbestand für wahr gehalten werden soll, sondern daß bestimmte Rechtsfolgen eintreten sollen. Es ist also nach den gewöhnlichen Auslegungsregeln zu prüfen, welche Rechtsfolgen das Gesetz herbeiführen wollte. Ergibt sich, daß gewisse Rechtsfolgen zwar von dem Wortlaute der Fiktion umfaßt werden, aber unmöglich in der Absicht des Gesetzes gelegen haben können, so tritt die einschränkende Auslegung in ihr Recht.

Man kann noch fragen, ob dies auch die Auffassung des Gesetzes gewesen sei. Die Frage muß, mögen auch einzelne Bearbeiter des Gesetzes anderer Ansicht gewesen sein, entschieden bejaht werden. Das Gesetz zeigt durch-

gängig das Bestreben, zwischen „es ist" und „es gilt als" oder „es ist anzusehen als" zu unterscheiden. Dies muß als Grundzug des Gesetzes betrachtet werden, und wenn die Grenzlinie bei einzelnen Bestimmungen nicht hinreichend scharf gezogen sein sollte, so ist es Sache der Rechtswissenschaft, dies zu tun. Wäre übrigens die Absicht des Gesetzes eine andere gewesen, so würde selbst das keine Bedeutung haben: der Gesetzgeber würde dann die Grenzen, die auch seiner Macht gezogen sind, überschritten haben.

In theoretischer wie praktischer Beziehung bereiten die Fiktionen ganz außerordentliche Schwierigkeiten. Sie sind für den Gesetzgeber ein bisweilen unentbehrliches, aber dabei ungemein gefährliches technisches Hilfsmittel, und die schon an sich mit ihrer Anwendung verbundene Gefahr ist durch den großen Umfang, in dem das BGB. von ihnen Gebrauch macht, noch sehr erhöht worden.

Bei der Fiktion überträgt das Gesetz die Rechtswirkungen des fingierten Tatbestandes auf den Tatbestand, der den Inhalt der Fiktionsbasis bildet. Nun ist allerdings von den Bearbeitern des Gesetzbuches in der Regel sorgfältig geprüft worden, ob die angeordneten Rechtsfolgen für den fingierten Tatbestand angemessen sind; aber bei der Fiktion liegt es sehr nahe, sich mit der Prüfung zu begnügen, ob es im allgemeinen der Billigkeit entspricht, den Tatbestand der Fiktionsbasis in den Wirkungen dem fingierten Tatbestande gleichzustellen. Dabei kann es denn sehr leicht geschehen, daß einzelne Rechtswirkungen, die bei dem fingierten Tatbestand billig sind, aber bei dem Tatbestand der Fiktionsbasis zu unangemessenen Ergebnissen führen, ohne weitere Prüfung mit übertragen werden. Wenn z. B. das Gesetz durch eine Fiktion die Versäumung der Ausschlagungsfrist der Annahme der Erbschaft gleichstellt, und alle Wirkungen der letzteren auf die erstere überträgt, so ist es sehr wohl möglich, daß dabei auch solche Wirkungen mit übertragen werden, die bei Annahme der Erbschaft durchaus billig sind, aber in dem Falle der Versäumung der Ausschlagungsfrist große Härten enthalten.

Ferner führen die Fiktionen sehr oft zu unklaren und schwer zu behandelnden Rechtsverhältnissen. Namentlich

gilt dies für die Fiktionen, die einen Schwebezustand erzeugen. Leider hat das Gesetzbuch gerade im Familienrecht, bei dem es sonst Schwebeverhältnisse — aus sehr gutem Grunde — vermeidet, von Fiktionen, die ein Schwebeverhältnis erzeugen, einen sehr ausgiebigen Gebrauch gemacht, und es können dadurch unter Umständen geradezu unleidliche Verhältnisse entstehen. Beispiele der Art werden die letzten Paragraphen bieten.

§ 2. Beschränkte und unbeschränkte Fiktionen.

Die wissenschaftliche Behandlung der Fiktionen wird noch weiter durch ihre Vielartigkeit erschwert. Die Stellung, die der Gesetzgeber den einzelnen Fiktionen gegenüber einnimmt, ist eine durchaus verschiedene, und entsprechend verschieden sind die Gesichtspunkte, die bei ihrer Anwendung in Betracht kommen. Dabei sind die betreffenden Unterschiede nicht einmal immer scharf gegeneinander abgegrenzt, sondern bisweilen mehr fließender Natur.

Zunächst fällt der Unterschied zwischen unbeschränkten und beschränkten Fiktionen ins Auge. Man könnte sie auch als absolute und relative Fiktionen bezeichnen, aber bei der Vieldeutigkeit der oft gebrauchten Worte „absolut“ und „relativ“ dürfte dies besser zu vermeiden sein.

Bei den unbeschränkten Fiktionen werden die Rechtswirkungen des fingierten Tatbestandes ohne Einschränkung auf den Tatbestand der Fiktionsbasis übertragen. Dieser wirkt also genau ebenso wie der fingierte Tatbestand.

Die beschränkten Fiktionen übertragen nur gewisse Rechtswirkungen, ihre Geltung beschränkt sich auf gewisse Rechtswirkungen oder auf eine bestimmte Gruppe von Rechtswirkungen. Besonders deutlich tritt dies bei denjenigen Fiktionen hervor, die nur „zugunsten“ bestimmter Personen aufgestellt werden. Bei ihnen ist es zweifellos, daß der fingierte Tatbestand nicht schlechtweg als wahr gilt. Der Tatbestand der Fiktionsbasis erzeugt nur in ganz bestimmten Beziehungen dieselben Rechtswirkungen wie der fingierte Tatbestand; in allen anderen Beziehungen ist allein der wirkliche Tatbestand entscheidend.

Fiktionen, die zugunsten bestimmter Personen oder bestimmter Rechtsverhältnisse aufgestellt sind, finden sich im Gesetzbuch außerordentlich häufig; es wird nicht nötig sein, dafür Beispiele beizubringen. Bisweilen wird auch der Wille des Gesetzes, die Geltung der Fiktion auf ein bestimmtes Anwendungsgebiet einzuschränken, auf andere Weise zum Ausdruck gebracht, z. B. dadurch, daß ihr Zweck angegeben wird, wie es im § 49 II geschieht:

> Der Verein gilt bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert.

Es ist aber keineswegs anzunehmen, daß alle Fiktionen, die das Gesetz ohne Einschränkung aufstellt, wirklich als unbeschränkte Fiktionen gewollt sind.

Wenn z. B. BGB. § 1923 II sagt:

> Wer zur Zeit des Erbfalles noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfalle geboren,

so erscheint das dem Wortlaute nach als eine unbeschränkte Fiktion, nach der Ansicht des Gesetzes aber ist ihre Geltung auf die Frage des Erbrechts des Ungeborenen beschränkt. Das ergibt sich sowohl aus der Stelle, an der sie steht, wie aus ihrem Zweck. Sie soll dem Nachgeborenen dasselbe Erbrecht geben, wie den bereits Geborenen. In allen anderen Fragen kommt es auf die wirkliche Zeit der Geburt an. Es kann auch gar keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn eine Totgeburt erfolgt, die Fiktion überhaupt nicht in Kraft tritt, daß also nicht etwa das Erbrecht auf diejenigen Personen weiter vererbt wird, die, wenn das Kind gelebt hätte, dessen gesetzliche Erben geworden wären.

Etwas Ähnliches gilt für die Fiktion in BGB. § 2019 I:

> Als aus der Erbschaft erlangt gilt auch, was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt.

Abgesehen von der Fiktion wird das, was der Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, sein Eigentum. Das Eigentum des wahren Erben ist auf keine Art zu begründen. Die Fiktion selbst ist nun freilich wieder ihrem Wortlaute nach eine unbeschränkte, und man könnte demnach

schließen, daß in diesem Falle kraft positiver gesetzlicher Vorschrift Eigentum für den Erben entstehe.

Indessen bezieht sich § 2019 offensichtlich auf § 2018, der dem Erben einen Anspruch auf das gibt, was der Erbschaftsbesitzer „aus der Erbschaft erlangt“ hat. Diese Bestimmung soll durch § 2019 erweitert werden. Abgesehen hiervon ist eine Abänderung der Regeln über den Eigentumserwerb nicht beabsichtigt. Hierfür würde es auch vollständig an einem gesetzgeberischen Grunde fehlen.

Daher ist das Rechtsverhältnis so aufzufassen. Der Erbschaftsbesitzer, der mit erbschaftlichem Gelde etwas erwirbt, wird trotz jener Fiktion selbst Eigentümer. Kommt er in die Lage, gegen einen Dritten die Eigentumsklage anzustellen, so kann dieser nicht etwa dagegen einwenden, daß der Erbschaftsbesitzer die Sache mit erbschaftlichem Gelde erworben habe, aber gar nicht wahrer Erbe sei, und daß die Sache daher auch nicht in seinem Eigentum stehe. Wenn aber der wahre Erbe den Erbschaftsanspruch geltend macht, so wird fingiert, daß die Sache „aus der Erbschaft erlangt“ sei, und er kann sie ebenso verlangen, wie das, was wirklich zur Erbschaft gehört. Dabei ist noch zu beachten, daß die Fiktion nicht einmal in diesem beschränkten Umfange immer anwendbar ist, und daß daher der § 2019 I noch einer weiteren einschränkenden Auslegung bedarf. Wenn nämlich der Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft etwa einen Nießbrauch erwirbt, so kann dieser gar nicht als aus der Erbschaft erlangt gelten, denn ein Nießbrauch kann sich in einer Erbschaft gar nicht befinden. Die Fiktion selbst ist also nicht anwendbar. Daß der Erbschaftsbesitzer Nießbrauchsberechtigter ist und bleiben muß, kann keinem Zweifel unterliegen. Trotzdem kann man den Grundgedanken des § 2019^{1} auf dem Wege analoger Ausdehnung sehr wohl wieder zur Geltung bringen. Der Erbschaftsbesitzer soll herausgeben, was er mit Mitteln der Erbschaft erlangt hat, den erworbenen Nießbrauch selbst kann er nun freilich nicht übertragen, wohl aber kann er dem Erben die Ausübung einräumen, und hierzu ist er verpflichtet. Bei dieser Entscheidung wird wieder keineswegs der fingierte Tatbestand („als aus der Erbschaft erlangt

gilt . . .“) als wahr unterstellt, sondern man hat ganz im Gegenteil davon auszugehen, daß der fingierte Tatbestand nicht wahr und nicht einmal möglich ist.

In der Literatur tritt dies Verhältnis nicht immer klar hervor. Vergleichen wir z. B. den Kommentar von Planck zu § 2019 A. 2. Scheinbar wird dort sogar das Gegenteil ausgeführt, wenn es heißt:

> Die dingliche Wirkung der Surrogation besteht darin, daß das vom Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft Erworbene unmittelbar mit der Vornahme derjenigen Handlungen seitens des Erbschaftsbesitzers, welche, wenn er Erbe wäre, den Rechtserwerb in seiner Person begründen würden, Bestandteil der Erbschaft wird, d. h. rechtlich dem Erben anfällt. Der Erwerb vollzieht sich *nicht zunächst in der Person des Erbschaftsbesitzers*, so daß für diesen nur eine Verpflichtung zur Übertragung an den Erben bestände, sondern das erworbene Eigentum und die sonstigen dinglichen Rechte stehen von vornherein dem Erben zu, die erworbene Forderung wird von vornherein für ihn begründet bzw. (im Falle der Abtretung) auf ihn übertragen.

Hiernach würde der Erbschaftsbesitzer geradezu zu einem Repräsentanten des Erben werden. Er selbst würde die erworbenen Rechte unter keinen Umständen geltend machen können, da sie ihm nicht zustehen. Folgerecht müßte man sogar folgern, daß der Erwerb eines Nießbrauchs überhaupt nicht gültig wäre, da ein Nießbrauch für den Erben nicht Gegenstand des Vertrages ist, und ein Nießbrauch für den Erbschaftsbesitzer nach § 2019 I nicht erworben werden könnte. Allerdings zieht Planck diese Folgerung nicht, sondern er nimmt später Nießbrauch, Leibrenten und ähnliche Rechte ohne weitere Bemerkung einfach von der Regel des § 2019 I aus (A. 3 Abs. 4).

In Wirklichkeit aber führt Planck seine Anschauung überhaupt nicht durch, sondern fährt sogleich fort:

> Diese Wirkung tritt jedoch nur ein, wenn der Erbe die Surrogation geltend macht; bis dahin besteht ein Schwebezustand (Leonhard). Nimmt der Erbe

den vom Erbschaftsbesitzer erworbenen Gegenstand für sich in Anspruch, so vollzieht sich der Anfall an den Erben mit rückwirkender Kraft . . .

Dies ist ein Widerspruch gegen das Vorhergehende, denn hiernach vollzieht sich der Erwerb allerdings „zunächst in der Person des Erbschaftsbesitzers“, und er verbleibt dabei, wenn der Erbe den erworbenen Gegenstand nicht in Anspruch nimmt.

Man muß aber auch über das, was Planck zuletzt sagt, noch hinausgehen. Es liegt lediglich eine Fiktion vor, und zwar eine Fiktion zugunsten des Erbschaftsanspruchs. Der ausgesprochene Zweck derselben ist, dem Erben ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Erbschaftsbesitzers zu geben (vgl. Planck § 2019 A. 2 Abs. 2). Soweit der Erbschaftsanspruch nicht in Frage kommt, greift auch — der Absicht des Gesetzes entsprechend — die Fiktion nicht Platz, weder vor noch nach Erhebung des Erbschaftsanspruchs. Wenn also der Erbe zwar den erworbenen Gegenstand in Anspruch nimmt, ihn aber schließlich aus irgendeinem Grunde nicht auf Grund des Erbschaftsanspruchs erhält, so verbleibt er in dem Eigentum des Erbschaftsbesitzers.

Aber auch, wenn eine Fiktion in der Art aufgestellt wird, daß sich weder aus ihrer Stellung noch aus ihrem gesetzgeberischen Grunde die Absicht einer Beschränkung folgern läßt, kann sich doch bei genauerer Untersuchung ergeben, daß sie nicht allgemein gilt.

Eine derartige Fiktion ist die des § 1589 II:

Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten nicht als verwandt.

Es handelt sich dabei im Sinne des BGB. um eine echte Fiktion. Denn der Verwandtschaftsbegriff des BGB. beruht durchaus auf der Abstammung. § 1589 I sagt:

Personen, deren eine von der anderen abstammt, sind in gerader Linie verwandt. Personen, die nicht in gerader Linie verwandt sind, aber von derselben dritten Person abstammen, sind in der Seitenlinie verwandt.

Unter diese Definition fällt auch das Verhältnis des unehelichen Kindes zu seinem Erzeuger. Daß das BGB. eine wirkliche Verwandtschaft annimmt, geht auch daraus hervor, daß es nicht nur im § 1589 II, sondern durchweg nicht vom „Erzeuger", sondern vom „Vater" spricht. Bedürfte es noch eines weiteren Beweises, so könnte man sich auch darauf berufen, daß das Wort „gelten" im § 1589 II mit voller Absicht noch nachträglich statt des Wortes „sein" in den Entwurf eingesetzt worden ist.

Die juristische Natur der Fiktionen tritt hier sehr deutlich hervor. Es waltet dabei keineswegs die Vorstellung ob, als ob das uneheliche Kind von dem Vater nicht erzeugt worden wäre, im Gegenteil knüpft das Gesetzbuch gerade an die Tatsache der Erzeugung durch den Vater gewisse juristische Folgen, z. B. die Unterhaltspflicht. Auch die aus der Erzeugung entspringende Verwandtschaft wird an sich nicht geleugnet, aber sie wird wegfingiert, d. h. ihr werden die juristischen Folgen abgesprochen. Es ist genau so, als ob das Gesetz gesagt hätte: die Verwandtschaft des unehelichen Kindes mit seinem Vater erzeugt nicht die Rechtswirkungen, welche die Verwandtschaft sonst hat.

Anscheinend geschieht dies ganz allgemein, und tatsächlich könnten die Bearbeiter des Gesetzbuches bei der Abfassung des § 1589 II geglaubt haben, eine in jeder Beziehung unbeschränkte Fiktion aufzustellen. Aber der fingierte Tatbestand (daß das Kind mit dem Vater nicht verwandt ist) steht nun einmal dem der Fiktionsbasis entsprechenden Tatbestand (daß es ein uneheliches Kind des Vaters ist) nicht in allen Beziehungen gleich, und deshalb hat sich das Gesetz gezwungen gesehen, an einer anderen Stelle von der Fiktion eine Ausnahme zu machen. § 1310 III sagt, von der Verwandtschaft als Ehehindernis sprechend:

> Verwandtschaft im Sinne dieser Vorschriften besteht auch zwischen einem unehelichen Kinde und dessen Abkömmlingen einerseits und dem Vater und dessen Verwandten andererseits.

Überhaupt ist der Unterschied zwischen beschränkten und unbeschränkten Fiktionen nur ein gradweiser, und

dabei ist die Grenze völlig fließend. Zwischen Fiktionen mit eng begrenztem Geltungsgebiet und unbeschränkten Fiktionen finden sich alle Zwischenstufen. Die Frage, ob eine Fiktion wirklich völlig unbeschränkt gilt, wäre überhaupt erst zu beantworten, wenn man ihre Anwendbarkeit für alle denkbaren Rechtsbeziehungen geprüft hätte, und dies wird kaum möglich sein, da immer noch wieder neue Rechtsbeziehungen auftauchen können. Daher ist auch die Frage nicht zu beantworten, ob es überhaupt völlig unbeschränkte Fiktionen gibt.

Es kann sich eben bei jeder Fiktion noch immer ergeben, daß sie nach dem Sinne des Gesetzes in einer bestimmten Beziehung nicht gelten kann. Nehmen wir an, in dem Gesetz wäre die Bestimmung des § 1310 III weggeblieben. Dann würde die Fiktion des § 1589 II auf den ersten Blick als eine völlig unbeschränkte erscheinen. Wenn dann aber bei dem § 1310 die Frage aufgeworfen würde, ob wirklich jemand seine uneheliche Tochter heiraten könne — sein Geschlechtsverkehr mit deren Mutter ist nur ein aufschiebendes Ehehindernis —, oder ob jemand die uneheliche Tochter seines Vaters, seine natürliche Halbschwester, heiraten könne, so würden wir trotz der allgemeinen Fassung des § 1589 II aus den sittlichen Gründen, denen auch das Gesetz folgt, zu dem Ergebnis kommen, daß hier das Ehehindernis der Verwandtschaft vorliegt. Ähnliches ist schließlich bei jeder noch so unbeschränkten Fiktion möglich, denn es ist kaum möglich, daß der Gesetzgeber immer alle denkbaren Beziehungen, in denen die Fiktion Platz greifen kann, genau übersieht.

Im folgenden sollen aber solche Fiktionen, die das Gesetz nicht von vornherein auf Wirkungen nach einer bestimmten Richtung beschränkt, als unbeschränkte bezeichnet werden. Auch bei ihnen bleibt — wie übrigens bei jedem Rechtssatz — immer noch der Nachweis offen, daß sie in bestimmten Fällen nicht gelten.

§ 3. Präsumtionsähnliche Fiktionen.

Bei vielen Fiktionen springt es sofort in die Augen, daß die Fiktionsbasis und der fingierte Tatbestand gänzlich

voneinander verschieden sind, und daß die Fiktion gerade den Zweck hat, in solchen Fällen einzugreifen, wo der fingierte Tatbestand nicht wahr ist. Wenn z. B. in § 1923 II der Ungeborene in bezug auf sein Erbrecht dem bereits Geborenen gleichgestellt wird, so ist es ganz klar, daß die Vorstellung, der Ungeborene sei wirklich schon bei dem Erbfalle geboren, widersinnig sein würde.

Dasselbe ist bei der Fiktion des § 1155 [1] der Fall:

> Ergibt sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefs aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen [Fiktionsbasis], so finden die Vorschriften der §§ 891 bis 899 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre [fingierter Tatbestand].

Bei diesen Fiktionen kann es nun wohl keinem ernstlichen Zweifel begegnen, daß im Falle der Fiktion rechtserzeugend lediglich der Tatbestand der Fiktionsbasis und nicht der fingierte Tatbestand ist. Will man prüfen, ob die Rechtswirkungen der Billigkeit entsprechen, so hat man ersteren zugrunde zu legen, man hat also zu prüfen, ob es angemessen ist, dem Ungeborenen ein unmittelbares Erbrecht zu geben, auf den durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen legitimierten Gläubiger die Bestimmungen der §§ 891—899 anzuwenden. Der Tatbestand der Fiktionsbasis ist auch allein entscheidend, wenn es darauf ankommt, auf dem Wege sinngemäßer Auslegung festzustellen, welche Rechtswirkungen nach der Absicht des Gesetzes eintreten sollen.

Nicht so einleuchtend ist die Richtigkeit dieser Auffassung bei den auf innerer Wahrscheinlichkeit beruhenden Fiktionen. Die Auffassung des Gesetzgebers ist bei ihnen eine wesentlich verschiedene. Mit dem Tatbestand der Fiktionsbasis ist regelmäßig der fingierte Tatbestand verbunden. Dieser liegt also in der Regel wirklich vor. Die Rechtswirkung ist zunächst als Folge des fingierten Tatbestandes gedacht. Wenn aber ausnahmsweise bei dem Vorhandensein der Fiktionsbasis der fingierte Tatbestand

nicht vorliegt, so erfordert es gleichwohl die Billigkeit, daß dieselbe Rechtswirkung eintritt. Bei der Anwendung dieser Fiktionen fließen Fiktionsbasis und fingierter Tatbestand zusammen. Der Richter verlangt nur den Nachweis der Fiktionsbasis und prüft, wenn dieser geführt ist, nicht weiter, ob der fingierte Tatbestand wirklich vorliegt oder nicht, da dies für seine Entscheidung gleichgültig ist; auch im Sinne des Gesetzes liegt es meistens, daß diese Frage gar nicht aufgeworfen wird. Da aber der fingierte Tatbestand in der Regel der Wahrheit entspricht, so gewöhnt man sich leicht, die Rechtswirkung nicht auf die Fiktionsbasis, sondern auf den fingierten Tatbestand zurückzuführen.

Nehmen wir die Fiktion des § 892 I [1]:

> Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist.

Fiktionsbasis ist die in Frage stehende Eintragung im Buche, fingierter Tatbestand deren Richtigkeit. In der Regel sind die Eintragungen im Grundbuche auch wirklich richtig, der Gesetzgeber hat mit aller Sorgfalt darauf hingearbeitet, daß sie es sind; ist dies aber ausnahmsweise nicht der Fall, so soll dadurch doch der Erwerb eines gutgläubigen Erwerbers nicht gehindert werden. Hat nun der Richter darüber zu entscheiden, ob der Erwerb sich vollzogen hat, so genügt der Nachweis, daß das Recht des Vormannes eingetragen war, dagegen erübrigt sich der Nachweis, daß es wirklich bestanden hat. In der Regel hat es aber wirklich bestanden, und deshalb sieht man gewöhnlich den Erwerb als auf dem Rechte des Vormannes (dem fingierten Tatbestande) begründet an. Dies entspricht auch vollkommen dem Grundgedanken des Gesetzes.

Aber trotzdem muß wissenschaftlich Fiktionsbasis und fingierter Tatbestand geschieden werden. Wenn der Vormann nicht in Wirklichkeit berechtigt war, so wird er es auch durch die Fiktion nicht. Nehmen wir an, daß der Vormann unrichtig als Eigentümer eingetragen ist, und

seinerseits die Eintragung einer Hypothek bewilligt. Dann wird derjenige, für den die Hypothek eingetragen wird, wirklicher Hypothekengläubiger, so als ob die Eintragung von dem wirklichen Eigentümer bewilligt worden wäre, aber der Vormann wird keineswegs wirklicher Eigentümer. Im vorliegenden Falle springt das besonders deutlich in die Augen, weil die Fiktion überhaupt schon nach dem Wortlaut des Gesetzes eine beschränkte ist (vgl. oben § 2).

Fiktionen dieser Art haben eine große Ähnlichkeit mit den gemeinrechtlichen praesumtiones iuris et de iure, und man kann sie deshalb auch präsumtionsähnliche Fiktionen nennen, aber man darf dabei nicht übersehen, daß diese praesumtiones iuris et de iure tatsächlich oft die Wirkung von Fiktionen haben.

Der Unterschied zwischen den auf Wahrscheinlichkeit beruhenden und den von der Wahrscheinlichkeit unabhängigen Fiktionen fällt nicht mit dem Unterschied von unbeschränkten und beschränkten Fiktionen zusammen. Eine auf Wahrscheinlichkeit beruhende Fiktion kann allerdings unbeschränkt sein (die Fiktion der Vaterschaft, s. unten § 8), aber sie kann auch beschränkt sein, wie das obige Beispiel der Fiktion des § 892 I [1] zeigt. Ebenso kann eine von der Wahrscheinlichkeit unabhängige Fiktion sowohl unbeschränkt (z. B. die Fiktion des § 1953 I, daß der Anfall der Erbschaft an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt) wie beschränkt sein (z. B. die Fiktion des § 1151 [1]).

Sonach erhalten wir bei Kombination beider Einteilungen schon vier Klassen. Weitere Unterschiede sollen in den folgenden Paragraphen besprochen werden. Wollten wir auch diese Unterschiede zur Einteilung in Unterarten verwenden, so würden wir schließlich so viele Unterarten erhalten, daß beinahe jede einzelne Fiktion eine eigene Unterart bildet.

§ 4. Fiktionen von Rechten und Rechtsverhältnissen.

Der Inhalt des fingierten Tatbestandes kann sowohl eine natürliche wie eine juristische Tatsache sein. In dem letzteren Falle sollte man meinen, daß die Theorie der juristischen Wahrheit einen unbestrittenen Triumph feiern müßte, da es

zweifellos ist, daß der Gesetzgeber Rechtsverhältnisse durch seinen bloßen Spruch zum Entstehen und zum Erlöschen bringen kann. Aber gerade hier tritt die wahre Natur der Fiktion am deutlichsten zutage: obgleich er es könnte, so will der Gesetzgeber den fingierten Tatbestand gar nicht zur Wahrheit machen.

Man hat die Frage nach dem Wesen fingierter Rechte aufgeworfen. Die Antwort ist einfach. Fingierte Rechte sind so wenig wirkliche Rechte, wie fingierte Tatsachen wirkliche Tatsachen sind, aber durch die Fiktion selbst werden Rechte begründet, und dies sind wirkliche Rechte.

Wenn der römische Prätor den Dieb oder den Bestohlenen, der peregrinus war, um die Diebstahlsklage möglich zu machen, mit der bekannten Fiktion „si civis esset" als römischen Bürger fingierte, so wollte er ihn damit ganz gewiß nicht zum römischen Bürger machen — als Prätor hätte er das auch nicht einmal gekonnt —; das fingierte Bürgerrecht war also kein wirkliches Bürgerrecht. Aber durch die Fiktion entstand gegen bez. für den peregrinus ein Diebstahlsanspruch, und dieser war ein wirkliches Recht.

Durch die Fiktion des § 892 I (Fiktion der Richtigkeit des Grundbuches zugunsten des redlichen Erwerbers; vgl. oben § 3) erhält der Veräußerer kein Recht; war er unrichtig als Berechtigter eingetragen, so bleibt juristisch wahr, daß er nicht berechtigt gewesen ist, aber das Recht, welches der redliche Erwerber auf Grund der Fiktion erlangt, ist ein wirkliches Recht.

Die beiden erwähnten Fiktionen sind beschränkte Fiktionen (vgl. oben § 2); bei diesen tritt der Unterschied, ob das Gesetz ein Recht schaffen oder nur ein Recht fingieren will, ganz besonders klar hervor.

Dagegen bieten die unbeschränkten Fiktionen viel mehr Anlaß zu einer Verwechselung. Da nämlich das durch die Fiktion begründete Recht dieselben Wirkungen hat wie das fingierte Recht, so liegt es nahe, beide miteinander zu verwechseln, und zu sagen, das fingierte Recht sei durch die Fiktion zu einem wirklichen Rechte geworden.

Auch hierfür bietet uns das römische Recht ein lehrreiches Beispiel. Wenn der Prätor den bonorum possessor in der Fiktion „si heres esset“ als heres fingierte, so war es dabei seine ausgesprochene Absicht, dem bonorum possessor ein Erbrecht nach der Art der hereditas zu geben. Man könnte also auf den Gedanken kommen, er habe ihn in Wirklichkeit zum heres gemacht und nur aus formellen Gründen — weil ein ziviles Erbrecht nur durch eine lex begründet werden konnte — die Form der Fiktion angewendet. So einleuchtend dieser Gedankengang beim ersten Blick ist, so führt er doch zu einer schiefen juristischen Auffassung. Die Juristen der klassischen Zeit, in der jene Fiktion noch als solche galt, haben bonorum possessio und hereditas als zwei verschiedene, allerdings ineinander greifende und sich gegenseitig korrigierende Rechtsbildungen betrachtet. Hierbei zeigt sich wieder, daß Fiktionen, die beim ersten Blick als unbeschränkte erscheinen, gleichwohl in einzelnen Beziehungen nicht zur Anwendung kommen.

Wenn wir uns freilich eine in jeder Beziehung unbeschränkte Fiktion eines Rechtsverhältnisses denken, so ist nicht zu sagen, wie sich das fingierte Recht von dem auf die Fiktion begründeten Recht unterscheiden sollte, da beide dem Willen des Gesetzgebers entsprechend genau dieselbe Wirkung haben. Eine derartige Fiktion würde die Fassung haben:

> Wenn der Tatbestand *a* vorliegt (Fiktionsbasis), so soll es so angesehen werden, als ob das Recht *b* besteht (fingiertes Recht).

Da ist in der Tat nicht abzusehen, weshalb das Gesetz nicht einfach sagt:

> Wenn der Tatbestand *a* vorliegt, so besteht das Recht *b*.

Der Gesetzgeber kann ja ohne den Umweg einer Fiktion an den Tatbestand *a* das Recht *b* knüpfen.

Ebenso verhält es sich bei negativen Fiktionen. Eine Fiktion:

> Wenn der Tatbestand *c* vorliegt, so soll es so angesehen werden, als ob das Recht *d* nicht bestände,

wird, wenn dies wirklich unbeschränkt gelten soll, einfacher und besser als eine Ausnahme von der allgemeinen Rechtsregel gefaßt:

> Wenn der Tatbestand *c* vorliegt, so besteht das Recht *d* nicht.

In der Tat wählt das Gesetzbuch auch meistens diesen Weg, und das ist der Grund, weshalb es an Beispielen für unbeschränkte Fiktionen von Rechtsverhältnissen mangelt. Man vergleiche z. B. Wendungen wie: „Der Erwerb des Eigentums . . . tritt nicht ein, wenn . . .“ (§ 935), oder „Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn . . .“ (§ 937). Es hätte sicher keinen Sinn gehabt, diese Ausnahmen in die Form zu fassen, daß der Erwerb des Eigentums bezw. die Ersitzung als nicht geschehen fingiert würde. Wo das Gesetzbuch aber ein Recht oder Rechtsverhältnis nur fingiert, statt es zu schaffen, da ist anzunehmen, daß hierfür besondere Gründe vorliegen, und daß das durch die Fiktion begründete Rechtsverhältnis doch nicht in allen Beziehungen dem fingierten gleichsteht. Wäre dies der Fall, so hätte das Gesetz einen völlig zwecklosen Umweg gewählt. Einen Grund, weswegen auch bei Rechtsverhältnissen das Mittel einer unbeschränkten Fiktion angezeigt sein kann, werden wir im nächsten Paragraphen kennen lernen.

Zur Erläuterung des Gesagten möche ich nochmals auf die Fiktion des § 1589 II hinweisen:

> Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten nicht als verwandt.[1])

In dem ursprünglichen Entwurf war gesagt, daß das uneheliche Kind und dessen Vater nicht verwandt seien. Wenn die Frage aufgeworfen wird, welche Fassung die richtigere ist, so kommt es darauf an, ob man Verwandtschaft als ein tatsächliches Verhältnis oder als ein Rechtsverhältnis auffaßt. Beides ist möglich. Das Gesetz kann sehr wohl einen eigenen Verwandtschaftsbegriff aufstellen und diesen beliebig ausdehnen oder einschränken. Dies ist dann keine Fiktion, sondern eine Modifikation des aufge-

---

[1]) Vgl. dazu § 97 I [2]: eine Sache *ist* nicht Zubehör, wenn sie im Verkehr nicht als Zubehör angesehen wird.

stellten Rechtsbegriffes. Die Bearbeiter des Gesetzbuches standen ursprünglich auf diesem Standpunkte, und deshalb war es für sie richtig, den auf eine Fiktion hindeutenden Ausdruck „gelten“ zu vermeiden. Im Einklang mit dieser Auffassung steht auch die Fassung des § 1310 III:

> Verwandtschaft im Sinne dieser Vorschriften besteht auch zwischen einem unehelichen Kinde . . . und dessen Vater. . . .

Der Entwurf hatte also geradezu einen doppelten Verwandtschaftsbegriff. Im allgemeinen fand der Verwandtschaftsbegriff des § 1589 I nur mit der Modifikation des § 1589 II Anwendung, und nur bei der Bestimmung des § 1310 fand der nicht modifizierte Verwandtschaftsbegriff des § 1589 I Anwendung.

Das Gesetz in seiner endgültigen Gestalt faßt dagegen die Verwandtschaft als Tatsache auf (s. oben § 2). Tatsachen kann das Gesetz nicht ändern, sondern es kann ihnen nur die rechtliche Wirkung absprechen, und hierfür ist die Fiktion das geeignete Mittel. Deshalb war es von diesem Standpunkt aus durchaus angebracht, den § 1589 II als Fiktion zu fassen. Freilich wurde bei der letzten Redaktion übersehen, daß hierzu die Fassung des § 1310 III nicht mehr paßte, und daher blieb diese als Merkzeichen der ursprünglichen Auffassung stehen. Richtiger hätte es etwa geheißen:

> Die Bestimmung des § 1589 II findet auf diese Vorschriften keine Anwendung.

Ein Beispiel in entgegengesetzter Richtung bietet die Bestimmung des § 857:

> Der Besitz geht auf den Erben über.

Mit Recht hat diese bei der bekannten Streitfrage, ob der Besitz ein Recht oder eine Tatsache ist, eine große Rolle gespielt. Sie ist richtig gefaßt, wenn der Besitz ein Recht ist, denn dann erfolgt seine Entstehung, sein Untergang und ebenso sein Übergang auf andere Personen lediglich nach Rechtssätzen. Wenn man ihn dagegen als tatsächliche Gewalt über die besessene Sache auffaßt, so ist § 857, obgleich er in einem Gesetz steht, in seinem wörtlichen Sinne falsch, denn es ist zweifellos, daß in sehr vielen

Fällen, sogar in der Mehrzahl der Fälle der Erbe nicht sogleich die tatsächliche Gewalt über die vom Erblasser besessenen Sachen hat. Wer daher an der tatsächlichen Natur des Besitzes festhalten will, muß den § 857 auf dem Wege sinngemäßer Auslegung als eine Fiktion deuten, vermöge der die Folgen des Besitzes eintreten, obgleich in Wirklichkeit kein Besitz vorliegt. Mit dem Zwecke des Gesetzes wäre das sehr wohl zu vereinen, denn der § 857 will dem Erben die Möglichkeit geben, die vom Erblasser besessenen Sachen ohne Nachweis des Rechtes an sich zu bringen, was die Römer auf eine m. E. viel bessere Art durch das interdictum quorum bonorum erreichten.

Zu manchen Zweifeln bietet die Fiktion des § 49 II Anlaß:

> Der (aufgelöste) Verein gilt bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert.

Man könnte fragen, weshalb das Gesetz nicht den Ausdruck „der Verein besteht fort“ gewählt hat. Aber offenbar betrachtet das Gesetz das Bestehen eines Vereins als eine Tatsache, und nur die Frage, ob dem bestehenden Verein Rechtsfähigkeit zukommt, als eine Rechtsfrage. Von diesem Standpunkt aus bedarf es zum Fortbestehen der juristischen Persönlichkeit einer Fiktion. Der Fall liegt genau so wie bei der römischen hereditas jacens. Auch hier ist das bisherige Rechtssubjekt tatsächlich fortgefallen, das Vermögen muß aber, da es bestimmten Zwecken zu dienen hat, zusammengehalten werden, und hierzu wählt man den Weg einer Fiktion. Bei der Fassung des § 49 II mag außerdem noch hinzugekommen sein, daß man die Rechtsfolgen der Rechtsfähigkeit nicht in allen Beziehungen eintreten lassen wollte, und daß die Begrenzung derselben sich am besten gerade durch das Mittel einer beschränkten Fiktion erreichen ließ.

Das Gesetz erkennt also an, daß der aufgelöste Verein nicht mehr besteht. Es gibt auch keine Mitglieder mehr, die früheren Mitglieder des aufgelösten Vereins kommen nicht mehr als Mitglieder, sondern höchstens etwa als Anfallsberechtigte in Betracht.

Es fragt sich nun, wie das wirkliche Rechtsverhältnis zu konstruieren ist, wer als Subjekt des Vermögens des aufgelösten Vereins anzusehen ist.

Die Theorie der juristischen Wahrheit löst das Problem auf eine überaus einfache Weise, aber sie kommt schon deshalb zu unmöglichen Ergebnissen, weil es sich hier um eine beschränkte Fiktion handelt („soweit es der Zweck der Liquidation erfordert"). Danach müßte man sagen, daß der Verein fortbesteht, soweit es der Zweck der Liquidation erfordert, und im übrigen nicht fortbesteht, daß er also insoweit Eigentümer, Gläubiger, Schuldner ist, im übrigen nicht.

Überhaupt aber darf die Frage nicht nach einer formalistischen Theorie beantwortet werden, sondern lediglich nach dem im Gesetze selbst enthaltenen gesetzgeberischen Willen.

§ 45 I sagt:

> Mit der Auflösung des Vereins oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit fällt das Vermögen an die in der Satzung bestimmten Personen (vgl. auch § 45 III).

Unter Anfall eines Vermögens versteht das Gesetz dessen Übergang (vgl. Anfall der Erbschaft, § 1942; der Nacherbschaft, § 2139; allerdings anders Anfall eines Vermächtnisses, § 2176). Der Anfallsberechtigte wird also sofort Subjekt des Vermögens, ebenso wie der Erbe, er hat nicht etwa lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe. Damit stimmt überein, daß der Fiskus als Anfallsberechtigter dieselbe Rechtsstellung hat wie als gesetzlicher Erbe gegenüber einem Nachlasse (§ 46); er wird also jedenfalls Subjekt des Vermögens, und das Gesetz deutet mit keinem Worte an, daß der Ausdruck „Anfall" bei ihm eine ganz andere Bedeutung haben soll als bei den anderen Anfallsberechtigten (vgl. § 45 III).

Allerdings hat bei anderen Anfallsberechtigten eine Liquidation stattzufinden (§ 47), dies ist aber mit dem Eigentumsrecht der Anfallsberechtigten sehr wohl verträglich. Die Liquidatoren nehmen eine ähnliche Stellung ein wie bei einer Erbschaft der Nachlaßverwalter oder der Konkursverwalter, die auch auf Grund gesetzlicher Vorschrift über fremde Rechte zu bestimmten Zwecken verfügen.

In diesem Zusammenhang ist die Fiktion des § 49 II zu betrachten. Die Liquidatoren verfügen in Wirklichkeit über Gegenstände, die den Anfallsberechtigten gehören, aber die bei der Liquidation auftretenden Ansprüche gestalten sich so, wie wenn der Verein noch fortbestände. Die Liquidatoren nehmen dabei dieselbe Rechtsstellung ein, als wenn sie Organe des Vereines wären.

Soweit die Liquidation nicht in Frage kommt, haben die wirklich obwaltenden Rechtsverhältnisse ihre regelmäßige Wirkung. Im besonderen brauchen nach Beendigung der Liquidation die herauszugebenden Gegenstände dem Anfallsberechtigten nicht erst übereignet zu werden, da sie ihm schon gehören; und der Anfallsberechtigte kann auch an solchen Gegenständen, deren Herausgabe verabsäumt worden ist, sein Eigentum geltend machen.

Man könnte die Frage aufwerfen, ob nicht durch die Fiktion des § 49 II eine wirkliche juristische Person entsteht. An sich wäre das durchaus möglich, denn das Gesetz hätte dem der Liquidation unterworfenen Vermögen sehr wohl Rechtsfähigkeit beilegen können. Das Verhältnis hat überhaupt eine außerordentliche Ähnlichkeit mit der römischen hereditas jacens. Es würde sich in folgender Weise konstruieren lassen.

Der ursprüngliche Verein besteht nicht mehr, aber das Vermögen hat gewissen Zwecken zu dienen und ist daher von dem Gesetz mit Rechtsfähigkeit ausgestattet worden. In diesem Sinne ist er treffend als „Liquidationsverein" bezeichnet worden. Diesem „Liquidationsverein" stehen Rechte und Pflichten zu, und dies wäre nicht etwa Fiktion, sondern Wahrheit. Gerade das, was als das Merkmal einer juristischen Persönlichkeit angesehen werden muß, wäre hier vorhanden. Freilich muß man sich dabei gegenwärtig halten, daß der sog. Liquidationsverein seinem juristischen Wesen nach viel mehr einer Stiftung als einem Verein gleicht. Die Anfallsberechtigten hätten dann lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe des Vermögens nach Beendigung der Liquidation, und natürlich müßte ihnen das Vermögen erst übereignet werden. Folgt man dieser Auffassung, so ist der Inhalt des § 49 II der: Der Verein

selbst besteht nicht auf Grund der Fiktion fort, aber durch die Fiktion entsteht eine anders geartete wirkliche juristische Person, deren Unterlage das dem Zweck der Liquidation unterworfene Vermögen ist. Das fingierte Rechtsverhältnis (Rechtsfähigkeit des ursprünglichen Vereins) ist kein wirkliches, wohl aber das durch die Fiktion begründete Rechtsverhältnis (Rechtsfähigkeit des Liquidationsvereins).

Ob ein solcher mit Rechtsfähigkeit ausgestatteter „Liquidationsverein" anzunehmen ist, hängt vollständig von der Frage ab, ob der Gesetzgeber das beabsichtigt hat. M. E. ist ein solcher Wille in dem Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen. Man könnte freilich darauf hinweisen, daß das Wort „Anfall" auch den Erwerb eines obligatorischen Rechtes bedeuten kann, wie das Beispiel des Vermächtnisses zeigt. Aber dann kommt man zu dem Ergebnis, daß es hier in derselben Bestimmung gleichzeitig zwei grundverschiedene Bedeutungen hat, nämlich für den Fiskus Übergang des Vermögens, für andere Anfallsberechtigte Erwerb eines Anspruchs auf Herausgabe des Vermögens bedeutet. Ferner ist m. E. entscheidend, daß die Fiktion des § 49 II nur eine beschränkte ist. Dabei treten dieselben Bedenken auf, die soeben gegen die Theorie der juristischen Wahrheit erhoben worden sind. Der Liquidationsverein als juristische Person würde also bestehen, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert, im übrigen nicht. Eine derartige relative juristische Person halte ich nicht für annehmbar. Auch ist mit dieser Annahme nichts geholfen, denn nun erhebt sich die andere Frage, wer Subjekt des Vermögens ist, soweit nicht der Zweck der Liquidation es erfordert. Da bleibt doch wieder nur der Anfallsberechtigte übrig, und es kommt zu dem wunderlichen Ergebnis, daß das Vermögen, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert, dem Liquidationsverein gehört, soweit das nicht der Fall ist, dem Anfallsberechtigten. Aus diesen Gründen glaube ich, daß der Liquidationsverein keine wirkliche, sondern nur eine fingierte juristische Person ist.

§ 49 II bietet bei dieser Auffassung bereits ein Beispiel dafür, daß bisweilen die Rechtsfolgen des fingierten Tatbestandes gar nicht in ihrer eigentlichen, sondern in einer

wesentlich abgeänderten Form eintreten. Wenn z. B. die Liquidatoren die Eigentumsklage wegen einer zu dem Vermögen des aufgelösten Vereins gehörigen Sache erheben, so wird fingiert, daß sie als Organ des aufgelösten Vereins dessen Eigentumsrecht verfolgen, in Wirklichkeit aber machen sie eine ihnen kraft ihres Amtes zustehende Befugnis bezüglich einer Sache geltend, die dem Anfallsberechtigten gehört, an der ihnen aber die Verfügung zusteht.

Noch auffälliger tritt eine solche Verschiedenheit in dem Falle des § 1976 hervor:

> Ist die Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet, so gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen.

Die Fiktion ist eine unbeschränkte. Man könnte daher meinen, der Gesetzgeber sei in der Lage gewesen, die Fiktion zu vermeiden und geradezu zu bestimmen, daß die erloschenen Verbindlichkeiten wieder bei Bestand sein sollen. Aber das ist mit gutem Grunde nicht geschehen. Denn da der Erbe selbst immer noch Subjekt des erbschaftlichen Vermögens ist, so müßte dadurch eine Verbindlichkeit des Erben gegen sich selbst entstehen, und das ist unmöglich, nicht nur nach allgemeiner juristischer Regel, sondern auch nach der Ansicht des Gesetzes selbst. Daher kann sie wohl fingiert, aber nicht wirklich begründet werden.

Die Undurchführbarkeit der Theorie der juristischen Wahrheit zeigt sich auch hier. Die fingierte Verbindlichkeit des Erben gegen sich selbst kann gar nicht juristische Wahrheit sein, weil sie nach juristischen Grundregeln unmöglich ist. Wenn es wirklich neben der natürlichen Welt eine eigene juristische Welt gäbe, so müßte diese, wenn nicht den natürlichen, so doch wenigstens den juristischen Regeln folgen.

Der wahre Sinn des § 1976 ist ein ganz anderer. Der Nachlaß soll von dem persönlichen Vermögen des Erben abgesondert werden. Daher sollen nunmehr auch erloschene Verbindlichkeiten zwischen Erblasser und Erben zur Geltung kommen, und zwar, soweit es möglich ist, in derselben Weise, als wenn sie zwischen dem Erblasser und einem

Dritten beständen. Der Nachlaßverwalter oder Konkursverwalter hat gegen den Erben bez. der Erbe gegen jenen einen Anspruch darauf, daß der rechtliche Erfolg hergestellt wird, der bei einer Verbindlichkeit zwischen dem Erblasser und einem Dritten eingetreten wäre.

Aber dieser Anspruch hat juristisch eine ganz andere Natur als der erloschene Anspruch, der als fortbestehend fingiert wird. Wenn der Erbe dem Erblasser verpflichtet war, ihm eine Sache zu übereignen, so hat er sie nicht etwa nunmehr sich selbst oder der Erbschaft oder sonst irgend jemandem zu übereignen, auch hat er namentlich nicht ein Grundstück, das er dem Erblasser schuldete, aufzulassen. Eine Übereignung ist jetzt zu einer juristischen Unmöglichkeit geworden. Aber er hat den Erfolg herzustellen, der sonst bei Einziehung einer Forderung durch den Verwalter eingetreten wäre, d. h. er hat ihm die früher geschuldete Sache herauszugeben und sie damit seiner Verfügung zu unterstellen. Handelt es sich andererseits um eine frühere Verbindlichkeit des Erblassers an den Erben, so kann ebenfalls keine Übereignung stattfinden, sondern der Nachlaßverwalter ist nur verpflichtet, die geschuldete Sache an den Erben herauszugeben, und dieser erhält sie damit zu freier Verfügung. Der fingierte Anspruch würde also auf eine Übereignung gehen, der durch die Fiktion begründete Anspruch geht auf Herausgabe zum Nachlaß bez. Herausgabe aus dem Nachlaß.

Ganz ähnlich steht es mit der Fiktion des § 1991 II, die dieselbe Bestimmung für den Fall der Unzulänglichkeit des Nachlasses gibt.

§ 5. Rückbezügliche Fiktionen.

Unter den Fiktionen von Rechtsverhältnissen bilden die rückbezüglichen eine besonders wichtige, aber auch besonders schwierige Gruppe.

Wenn das Gesetz bestimmt, daß ein gewisser Rechtszustand geändert wird, so ist es das Natürliche, daß die Folgen, die der bisherige Rechtszustand gehabt hat, bestehen bleiben, und daß die Wirkungen des neuen Rechtszustandes erst von dem Zeitpunkt der Änderung an eintreten. Regel-

mäßig ist dies auch der Fall, wenn der bisherige Rechtszustand infolge des Eintretens einer Fiktion geändert wird. Wenn z. B. jemand auf Grund der Fiktion des § 892 I [1] das Eigentum an einem Grundstücke von einem Nichtberechtigten erwirbt (s. § 3), so ist es klar, daß die Wirkungen, die das Eigentum des bisherigen Eigentümers bis zu diesem Erwerbe gehabt hat, bestehen bleiben.

Oft aber will das Gesetz nicht nur den alten Rechtszustand beseitigen, sondern auch die Folgen, die er gehabt hat. Obgleich der Gesetzgeber nun im Gebiete des Rechtes frei schaltet, so kann er doch die Vergangenheit nicht mehr ändern. Er kann nicht bestimmen, daß der bisherige Rechtszustand nie bestanden hat; dies würde auf die widersinnige Formel hinauslaufen:

> Wenn der Tatbestand der Fiktionsbasis eintritt, so hat das Rechtsverhältnis, welches bisher bestanden hat, bisher nicht bestanden.

Der Gesetzgeber könnte die Folgen einzeln aufheben, aber das ist nicht nur sehr umständlich, weil die einzelnen Folgen dann aufgezählt werden müssen, sondern auch schwierig, weil leicht einzelne Folgen übersehen werden können.

Hier bietet die Fiktion ein sehr bequemes, aber freilich auch sehr gefährliches Mittel. Der Gesetzgeber sagt einfach:

> Wenn der Tatbestand der Fiktionsbasis eintritt, so wird das Rechtsverhältnis, welches bisher bestanden hat, so angesehen, als habe es nicht bestanden.

Dann sind alle Folgen auf einmal aufgehoben. Ein Widersinn liegt darin nicht. Es wird nicht geleugnet, daß das alte Rechtsverhältnis bisher bestanden hat und daß die Folgen von ihm bisher eingetreten sind, aber in dem Zeitpunkt, in dem die Fiktion in Kraft tritt, wird nicht nur das alte Rechtsverhältnis selbst, sondern werden auch seine Folgen aufgehoben.

Wählen wir zur Erläuterung des Wesens der rückbezüglichen Fiktionen zunächst ein verhältnismäßig harmloses Beispiel.

§ 389 sagt:

> Die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen

gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind.

Das heißt: die beiden Forderungen haben bisher rechtsgültig bestanden und die gewöhnlichen Folgen je nach Umständen gehabt, es können z. B. Verzugsfolgen eingetreten, insbesondere Verzugszinsen erwachsen, Vertragsstrafen verfallen sein; sobald aber die Aufrechnung vorgenommen wird, werden nicht nur die Forderungen selbst, sondern auch ihre bereits eingetretenen Folgen aufgehoben. Man pflegt in solchen Fällen von einer resolutio ex tunc zu sprechen. Gegen den Ausdruck ist an sich nichts einzuwenden, aber man muß sich dabei gegenwärtig halten, daß es sich nur um eine Fiktion handelt. Der Rechtszustand kann in Wirklichkeit nicht nachträglich für die Vergangenheit geändert werden — facta infecta fieri non possunt —, er wird vielmehr nur von jetzt an (insofern „ex nunc") hergestellt, aber er wird so hergestellt, wie er jetzt sein würde, wenn er schon früher (ex tunc) bestanden hätte.

Mit der Frage der Rückwirkung der Aufrechnung hat die bekannte Streitfrage, ob infolge der Aufrechnung eine bereits bezahlte Schuld zurückgefordert werden kann, nichts zu tun. Diese erledigt sich auf eine ganz andere Weise. Wenn eine Schuld bezahlt ist, so kann überhaupt nicht mehr aufgerechnet werden, denn die Voraussetzungen der Aufrechnung liegen nicht mehr vor. § 387 sagt:

> Schulden zwei Personen einander Leistungen . . ., so kann jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teils aufrechnen . . .

Die Fiktionsbasis des § 389 ist, daß die Aufrechnung rechtsgültig erfolgt ist; ist dies nicht der Fall, so kann die Fiktion des § 389 überhaupt nicht in Kraft treten. Es wäre nicht richtig zu sagen: infolge der Aufrechnung wird fingiert, daß die Forderungen schon früher erloschen sind; dann aber bestand die bezahlte Schuld schon zur Zeit der Zahlung nicht mehr. Denn die Aufrechnung ist eben nicht rechtsgültig erfolgt.

Dagegen kann allerdings eine Rückforderung in Frage kommen, wenn nicht die Schuld selbst bezahlt worden ist, sondern nur Nebenleistungen z. B. Zinsen. Nehmen wir an,

daß A und B gegeneinander Forderungen von gleicher Höhe haben, daß aber die Forderung des A verzinslich, die des B unverzinslich ist. Infolge einer Aufrechnung erlöschen die Forderungen und ihre Wirkungen, also auch der Zinsanspruch des A, nach § 389. Hat nun vor der Aufrechnung B in Unkenntnis seiner Gegenforderung an A Zinsen gezahlt, so fragt es sich, ob er nach erfolgter Aufrechnung die gezahlten Zinsen zurückfordern kann. Bei der Beantwortung der Frage kommt es lediglich darauf an, was der Gesetzgeber bei dem § 389 gewollt hat. Daß die Aufrechnung trotz der Zinszahlung immer noch gültig erfolgen kann, ist zweifellos. Wenn aber die Aufrechnung erfolgt, so will der Gesetzgeber den Rechtszustand herstellen, der bestanden haben würde, wenn die Forderungen schon früher aufgehoben worden wären. Bei dieser Annahme würde aber B keine Zinsen geschuldet haben, er würde also eine Nicht-Schuld bezahlt haben.

Genau dasselbe würde natürlich gelten, wenn B eine verfallene Vertragsstrafe bezahlt hätte.

Auf den ersten Blick erscheint es ja auffallend, daß B, wenn er die Schuld selbst mit Zinsen bezahlt, nichts mehr zurückfordern kann, wohl aber, wenn er nur die Zinsen bezahlt. Gleichwohl widerspricht das Ergebnis keineswegs der Billigkeit. Mit der Bezahlung der Schuld ist das ganze Schuldverhältnis getilgt, und B kann in Zukunft nicht mehr darauf zurückgreifen; die Zinszahlung läßt aber das Schuldverhältnis noch bei Bestand.

Die wichtigsten Fälle von rückbezüglichen Fiktionen finden sich bei der heilbaren Nichtigkeit und bei der Anfechtbarkeit. Beide sollen in zwei besonderen Paragraphen behandelt werden.

Es gibt indessen nicht nur rückbezügliche Fiktionen von Rechtsverhältnissen, sondern auch rückbezügliche Fiktionen von Tatsachen. Eine solche ist die schon erwähnte Fiktion des § 1923 II:

> Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfalle geboren.

Vor der Geburt ist das Kind noch nicht Erbe, da es kein Rechtssubjekt ist und gar nicht Erbe sein kann. Eine

bestimmte Berufung ist überhaupt noch nicht eingetreten; die Erbschaft ist zu dieser Zeit in Wirklichkeit hereditas jacens. Wird das Kind geboren, so wird es von jetzt Erbe, aber mit allen Rechten, die es gehabt hätte, wenn es sofort Erbe geworden wäre. Der Umstand, daß es bisher nicht Erbe war, kann nicht nachträglich geändert werden, wohl aber kann ihm das Gesetz dieselbe Rechtsstellung geben, wie sie ein Kind haben würde, das sofort Erbe geworden wäre. Daraus folgt, daß auch die rückbezüglichen Fiktionen von Tatsachen, soweit es die Vergangenheit betrifft, die Fiktion eines Rechtsverhältnisses enthalten. Das Kind ist nach seiner Geburt auf Grund der Fiktion des § 1923 II wirklicher Erbe, aber für die Zeit vor seiner Geburt nur fiktiver Erbe.

§ 6. Heilbare Nichtigkeit der Ehe.

Wenn die Nichtigkeit einer Ehe nachträglich geheilt wird, so bestimmt das Gesetz ausdrücklich, daß die Ehe als von der Eheschließung an gültig angesehen werden soll. Die Frage, welche hier die meisten Schwierigkeiten bereitet, ist die, ob die Heilung verhindert wird, wenn nach der Eheschließung, aber vor der Heilung ein Ehehindernis eingetreten ist. Als solches Ehehindernis kommt es namentlich in Betracht, wenn inzwischen eine zweite Ehe abgeschlossen worden ist. Es handelt sich um drei Fälle.

Der erste Fall betrifft die Heilung der Nichtigkeit einer wegen Formmangels nichtigen Ehe. § 1324 II[1] sagt:

> Ist die (wegen Formmangels nichtige) Ehe in das Heiratsregister eingetragen worden, und haben die Ehegatten nach der Eheschließung zehn Jahre oder, falls einer von ihnen vorher gestorben ist, bis zu dessen Tode, jedoch mindestens drei Jahre, als Ehegatten miteinander gelebt, so ist die Ehe als von Anfang an gültig anzusehen.

Es muß ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Heilung von der Gutgläubigkeit der Ehegatten vollständig unabhängig ist. Die juristische Lage tritt am schärfsten hervor, wenn man annimmt, daß beide Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe kennen.

Zunächst ist die Ehe vollständig nichtig, die in der Ehe geborenen Kinder sind uneheliche, und sie bleiben es, wenn die Nichtigkeit nicht geheilt wird. Mit der Heilung werden sie ehelich. Das, was gewesen ist, kann nicht nachträglich ungeschehen gemacht werden, aber sie haben — von jetzt an — alle Rechte, die sie haben würden, wenn die Ehe von Anfang an gültig gewesen wäre. Nur in diesem Sinne ist die Ehe „ex tunc" gültig.

Wenn nun der Ehemann — etwa ein Matrose — an einem anderen Orte eine neue Ehe eingeht, so ist diese vollständig gültig (§ 1326, vgl. § 1323). Er kann dabei in gutem Glauben angenommen haben, zu der Eingehung der neuen Ehe durchaus berechtigt zu sein. Dies würde z. B. vorliegen, wenn er irrtümlich annimmt, daß die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen worden ist (§ 1329). Für die Entscheidung selbst ist dies übrigens gleichgültig. Trotz dieser neuen Ehe kann er sehr wohl mit seiner ersten Frau als Ehegattin leben. Das ist sicher der Fall, wenn er das tatsächlich bestehende Verhältnis mit ihr ganz in der alten Weise fortsetzt, sie in allen Beziehungen als seine Ehegattin behandelt, sie etwa in der von ihm gemieteten Wohnung unterbringt, ihren Unterhalt wie ein Ehegatte bestreitet, die Wohnung selbst als gemeinschaftliche betrachtet und sich dort, wenn es sein Beruf gestattet, aufhält. Nehmen wir an, daß er dies zehn Jahre hindurch tut. Welche Ehe besteht nun?

Nimmt man an, daß die Fiktion „juristische Wahrheit" schafft, so entwickelt sich folgende Gedankenreihe. Die Ehegatten haben zwar zehn Jahre lang in einer nichtigen Ehe gelebt, aber sobald die zehn Jahre vollendet sind, ist es „juristische Wahrheit", daß sie von Anfang an in einer gültigen Ehe gelebt haben. Die zweite Ehe war zwar zu der Zeit, als sie geschlossen wurde, vollkommen gültig; nachdem aber jene zehn Jahre abgelaufen sind, ist es juristische Wahrheit, daß sie von Anfang an als eine bigamische Ehe ungültig war.

Bis zum Ablauf der zehn Jahre kann die zweite Ehefrau — also die rechtmäßige Ehefrau — jederzeit die gerichtliche Nichtigkeitserklärung der ersten Ehe herbeiführen,

nach Ablauf der zehn Jahre kehrt sich die Sache um, und jetzt kann ihre Ehe jederzeit für nichtig erklärt werden.

Aber selbst vor dem Ablauf jener zehn Jahre würden wir — die Richtigkeit jener Theorie vorausgesetzt — noch eine ganz eigentümliche juristische Erscheinung zu beobachten haben. Die erste Ehe kann allerdings für nichtig erklärt werden. Aber nehmen wir an, daß die Ehe mit der ersten Frau schon drei Jahre bestanden hat, und daß diese, wie sie von der Absicht, ihre Ehe für nichtig zu erklären, erfährt, sich aus Verzweiflung das Leben nimmt. Dann kehrt sich wieder das Verhältnis um: durch ihren Tod wird es juristische Wahrheit, daß ihre Ehe die gültige gewesen ist, und daß die andere Ehe nichtig ist. Ganz dasselbe tritt ein, wenn sie etwa nicht sich selbst, sondern ihren Mann in einem Eifersuchtsanfall tötet, denn auch durch dessen Tod tritt die Fiktion in Kraft. Die Kinder der ersten Ehe sind nunmehr eheliche Kinder mit allen Rechten. Alles dies ist, wie nochmals hervorgehoben werden mag, durchaus unabhängig davon, ob die Frau bezüglich ihrer Ehe in gutem Glauben war oder nicht. Auch treten die bezeichneten Rechtsfolgen ein, wenn die Frau gerade in der Absicht, sie herbeizuführen, sich oder ihren Mann getötet hat.

Der bezeichnete Gedankengang widerspricht also nicht nur der Logik, sondern er führt auch geradezu zu unleidlichen Ergebnissen, die unmöglich in der Absicht des Gesetzgebers liegen können.

Es ist vielmehr davon auszugehen, daß in Wirklichkeit die erste Ehe nichtig gewesen ist, also nicht zu Recht bestanden hat, und daß die zweite Ehe rechtsbeständig war. Daß dies die Rechtslage vor dem Ablauf der zehn Jahre war, kann gar nicht in Zweifel gezogen werden. Wenn nun mit dem Ablauf der zehn Jahre die Fiktion des § 1324 II[1] in Kraft tritt, so kommt dadurch die erste Ehe erst zustande, allerdings in der Art, daß zugleich auch alle die Folgen eintreten, die eine sofort gültige Ehe gehabt hätte. Aber damit die Ehe zustande kommen kann, müssen die Voraussetzungen dafür vorhanden sein. Ehehindernisse sind also nach der Zeit zu beurteilen, in der die Ehe tatsächlich zustande kommt. Allerdings spricht das Gesetz § 1326 von der „Zeit der Eheschließung“:

> Eine Ehe ist nichtig, wenn einer der Ehegatten zu der Zeit der Eheschließung mit einem Dritten in einer gültigen Ehe lebte.

Aber das erklärt sich daraus, daß regelmäßig die Ehe mit der Eheschließung zustande kommt. Kommt die Ehe später zustande, so kann es nicht die Absicht des Gesetzes gewesen sein, daß ein inzwischen eingetretenes Ehehindernis unbeachtet bleiben soll, weil dies gegen die ratio des ganzen Gesetzes verstoßen würde. Es kann ferner nicht die Absicht gewesen sein, daß die zweite, rechtsgültig geschlossene Ehe wegen einer zu jener Zeit ungültigen Ehe nichtig werden soll, denn die Fassung des § 1326 schließt dies mit Bestimmtheit aus. Überhaupt kennt das Gesetz, abgesehen von dem Fall der Anfechtbarkeit, eine nachträglich eintretende Nichtigkeit einer Ehe nicht. Man muß also annehmen, daß der Gesetzgeber überhaupt nicht an die Möglichkeit gedacht hat, daß inzwischen ein Ehehindernis eintreten kann, und daß er deshalb statt der Zeit, in der die Ehe zustande kommt, schlechtweg die Zeit der Eheschließung als den entscheidenden Zeitpunkt bezeichnet hat.

Nimmt man dies an, so erhält man ein durchaus annehmbares, sowohl mit der allgemeinen Absicht des Gesetzes wie auch mit unsern sittlichen Anschauungen übereinstimmendes Ergebnis. Ist inzwischen eine neue Ehe abgeschlossen worden, so kann die erste Ehe dieses Ehehindernisses wegen nicht auf Grund des § 1324 II [1] nachträglich zustande kommen.

Ein zweiter Fall der heilbaren Nichtigkeit zeigt dies noch deutlicher. Es ist der Fall, daß einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung geschäftsunfähig war oder sich im willensunfähigen Zustande befand. Dann bestimmt § 1325 II [1]:

> Die Ehe ist als von Anfang an gültig anzusehen, wenn der Ehegatte sie nach dem Wegfalle der Geschäftsunfähigkeit, der Bewußtlosigkeit oder der Geistesstörung bestätigt, bevor sie für nichtig erklärt oder aufgelöst worden ist.

Die Bestätigung ist an keine Frist gebunden, kann also unter Umständen noch nach Jahren erfolgen. Auch ein Verzicht auf die Bestätigung, ausdrücklicher oder still-

schweigender, muß nach der Fassung des Gesetzes als unwirksam angesehen werden. Lediglich die Nichtigkeitserklärung oder die Auflösung der Ehe schließt die Bestätigung aus.

Nehmen wir nun an, daß der früher geschäftsunfähige bzw. willensunfähige Teil eine andere Ehe schließt. Er kann dabei sehr wohl in gutem Glauben sein, denn es ist möglich, daß er von der Eheschließungshandlung, während der er in bewußtlosem Zustande war, auch später nichts erfährt. Es kann z. B. die Eheschließung mit einem bewußtlosen Kranken, den man für hoffnungslos hält, vorgenommen werden, und ihm dann später, nachdem er wider Erwarten wieder genesen ist, von den dabei beteiligten Personen aus Furcht vor Strafe verheimlicht worden sein.

Daß die zweite Ehe gültig ist, leidet keinen Zweifel. Soll nun, wenn der früher Willensunfähige nachträglich die erste Ehe bestätigt, diese gültig und die zweite nichtig werden? Soll dies auch dann eintreten, wenn ihm bei der Eingehung der zweiten Ehe die erste Eheschließung bekannt war?

Diese Fragen muß man bejahen, wenn man die Gültigkeit der ersten Ehe auf Grund der Fiktion des § 1325 II[1] als „juristische Wahrheit" ansieht. Man muß sie verneinen, wenn man davon ausgeht, daß die Ehe in Wirklichkeit erst durch die Bestätigung zustande kommt, weil zu dieser Zeit eine Ehehindernis vorliegt.

Endlich könnten ähnliche Fragen in dem dritten Fall der heilbaren Nichtigkeit auftauchen, wenn eine Ehe wegen Ehebruchs nach § 1328 nichtig ist, und die Befreiung erteilt wird, nachdem sich einer der Ehegatten mit einer dritten Person verheiratet hat. Denn es ist immerhin möglich, daß die Befreiung von der Landesregierung erteilt wird, weil ihr die zweite Eheschließung nicht bekannt geworden ist.

Zweiter Abschnitt: Einzelne Fiktionen.

§ 7. Anfechtbarkeit.

Zu den rückbezüglichen Fiktionen von Rechtsverhältnissen gehört auch die Fiktion, die infolge einer Anfechtung eintritt. Sie ist derjenigen, die bei Heilung der Nichtigkeit eintritt, gerade entgegengesetzt. Wenn bei

Heilung der Nichtigkeit für ein bisher nicht bestehendes Rechtsverhältnis fingiert wird, daß es schon bestanden hat, so wird bei der Anfechtung für ein bisher bestehendes Rechtsverhältnis fingiert, daß es nicht bestanden hat. § 142 sagt:

> Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen.

Das anfechtbare Rechtsgeschäft hat bis zur Anfechtung bestanden und rechtliche Folgen gehabt; und dies kann auch durch die Anfechtung nicht mehr geändert werden. Aber durch die Anfechtung werden mit dem Rechtsgeschäft selbst auch seine rechtlichen Folgen aufgehoben. Allerdings kann es recht zweifelhaft werden, in welchem Umfange dies geschieht.

Sicherlich werden die unmittelbaren Folgen aufgehoben, also alle Ansprüche jeder Art, die aus dem Rechtsgeschäfte erwachsen waren. Auch sonst gestalten sich alle mit dem Rechtsgeschäft zusammenhängenden Rechtsverhältnisse von jetzt an so, wie sie sein würden, wenn das Rechtsgeschäft von Anfang an nichtig gewesen wäre. Wenn eine Forderung aus einem anfechtbaren Rechtsgeschäft bezahlt wird, so treten alle regelmäßigen Wirkungen der Zahlung ein; erfolgt aber demnächst die Anfechtung, so hat der Zahlende nunmehr dieselben Ansprüche, die er im Falle der Nichtigkeit haben würde, also ein Rückforderungsrecht in demselben Umfange, wie es derjenige hat, der eine Nicht-Schuld bezahlt.

Wenn nun aber das angefochtene Rechtsverhältnis in andere Rechtsverhältnisse eingegriffen hat, werden auch diese der Fiktion entsprechend verändert? Wer die Fiktion für „juristische Wahrheit" hält, wird dazu neigen, es zu bejahen. Was gewesen ist, erweist sich, sobald die Fiktion in Kraft tritt, als Schein, und die Fiktion ist die wirkliche Wahrheit. Darauf, ob der Gesetzgeber die sich daraus ergebenden Folgen gewollt hat, gewollt haben kann, kommt es von diesem Standpunkte aus nicht an, wenn er die Fiktion gewollt hat.

Faßt man dagegen die Fiktion als ein gesetzgeberisches Mittel auf, gewisse Rechtsfolgen eintreten zu lassen, so kommt alles darauf an, welche Folgen der Gesetzgeber

beabsichtigt hat. Gewiß kann sein Wille darauf gerichtet sein, auch andere Rechtsverhältnisse der Fiktion entsprechend zu ändern, aber, ob dies der Fall ist, ist Auslegungsfrage.

Gerade bei der Anfechtung von Familienverhältnissen wird diese Frage brennend. Die Vorschrift des § 142 wird in § 1343 I[1] ausdrücklich wiederholt:

> Wird eine anfechtbare Ehe angefochten, so ist sie als von Anfang an nichtig anzusehen.

Vergegenwärtigen wir uns den juristischen Vorgang. Eine Ehe ist nach § 1331 anfechtbar, weil die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters der minderjährigen Ehefrau bei der Eheschließung fehlte; beiden Ehegatten ist dieser Mangel bei der Eheschließung bekannt gewesen.

Zunächst ist die Ehe gültig. Es entstehen dieselben Ansprüche wie sonst aus einer Ehe, die Kinder sind eheliche. Wenn die Anfechtung nicht erfolgt, so bleibt es dabei. Erfolgt die Anfechtung, so wird die Ehe nichtig, und auch die Folgen, die bereits eingetreten sind, werden aufgehoben. Die Kinder werden uneheliche Kinder und verlieren auch diejenigen Ansprüche, die sie bisher aus ihrer Rechtsstellung als eheliche Kinder erworben haben.

Aber greift die Fiktion noch darüber hinaus? Der Mann hat nach der anfechtbaren Ehe noch eine zweite geschlossen. Diese war, als sie geschlossen wurde, nach § 1326 nichtig, weil ihr die anfechtbare Ehe entgegenstand. Wenn letztere angefochten wird, wird nun die zweite — ursprünglich nichtige — Ehe gültig?

Die Frage ist bisher namentlich in bezug auf die Anfechtung nach § 1350 I[1] behandelt und bekanntlich sehr verschieden beantwortet worden. Wenn jemand für tot erklärt worden ist, so kann sein Ehegatte eine neue Ehe schließen, und diese ist selbst dann gültig, wenn der für tot Erklärte in Wirklichkeit noch lebt. § 1348 II[1] bestimmt ausdrücklich:

> Mit der Schließung der neuen Ehe wird die frühere Ehe aufgelöst.

Aber die neue Ehe ist nach § 1350 I[1] anfechtbar:

> Jeder Ehegatte der neuen Ehe kann, wenn der für tot erklärte Ehegatte noch lebt, die neue Ehe an-

fechten, es sei denn, daß er bei der Eheschließung von dessen Leben Kenntnis hatte.

Setzen wir folgenden Fall. Ein Mann, der seine Frau verlassen hat und nach Amerika ausgewandert ist, wird für tot erklärt, und seine Frau verheiratet sich wieder. Er erfährt davon und entschließt sich, unter diesen Verhältnissen ebenfalls wieder zu heiraten. Vorsichtigerweise holt er juristischen Rat ein. Der amerikanische Jurist, der in die Gedankengänge der deutschen Fiktionslehre nicht eingedrungen ist, sagt ihm, daß seine Ehe nach dem deutschen BGB. § 1348 II[1] aufgelöst sei, und daß deshalb seiner Verheiratung nichts entgegenstehe.

Die Ehe, die er infolgedessen schließt, ist auch wirklich völlig gültig. Im besten Glauben kehrt er nach Deutschland zurück. Dadurch wird es bekannt, daß er noch lebt, und der zweite Ehegatte der zurückgebliebenen Frau ficht die zweite Ehe an. Ist es nun wirklich annehmbar, wenn man sagt: Nunmehr ist es juristische Wahrheit, daß die zweite Ehe überhaupt nicht geschlossen worden ist, also ist die erste Ehe niemals nach § 1348 II[1] aufgelöst worden, sondern hat vielmehr während der ganzen Zeit bestanden, also ist die Ehe, die der ausgewanderte Mann in Amerika geschlossen hat, nichtig?

Das Ergebnis wird nach der herrschenden Theorie noch heilloser, wenn aus der zweiten Ehe der zurückgebliebenen Frau Kinder stammen. Der ausgewanderte Mann hat aus deutschen Zeitungen von ihrer Geburt erfahren, hat aber natürlich gar nicht daran gedacht, ihre „Ehelichkeit“ anzufechten und deshalb die Anfechtungsfrist verstreichen lassen. Dann müßten die Kinder nach der herrschenden Theorie zwei juristische Väter haben, den Ausgewanderten als wirklichen Ehemann der Mutter, den zweiten Ehemann der Mutter als deren Putativ-Ehemann. Von solchen Kindern mit zwei juristischen Vätern soll noch im § 8 eingehender gesprochen werden.

Auch das, was sich für die ehelichen Verhältnisse selbst aus der Theorie von der juristischen Wahrheit der Fiktion ergibt, widerspricht den sittlichen Anschauungen, die dem Gesetz selbst zugrunde liegen.

Der Wille des zweiten Ehegatten der zurückgebliebenen Frau entscheidet darüber, ob der ausgewanderte Mann, der selbst gar keinen gesetzlichen Einfluß hat, mit dieser oder mit seiner zweiten Frau verheiratet ist. Nun würde es sich immerhin begründen lassen, wenn bestimmt wäre, daß die erste Ehe unter allen Umständen bei Bestand bliebe, und daß deshalb die zweiten Ehen der beiden Ehegatten unter allen Umständen nichtig sind. Bekanntlich ist dies der Standpunkt der katholischen Kirche. Dem auf dem inneren Wesen der Ehe beruhenden Grundsatze zuliebe müßten die Übelstände, die sich bei seiner folgerechten Durchführung ergeben, als unvermeidlich ertragen werden. Es läßt sich auch rechtfertigen, wenn man im Gegenteil den Bedürfnissen des Lebens Rechnung trägt und das entscheidende Gewicht darauf legt, daß die erste Ehe durch die zweite tatsächlich aufgelöst ist, daß ihre zwangsweise Herstellung in der Regel eine außerordentliche Härte für die Beteiligten bedeutet und dabei doch vom rein sittlichen Standpunkte keinen großen Wert haben würde. Aber weder von dem einen noch von dem andern Standpunkte läßt es sich rechtfertigen, daß der zweite Mann der zurückgebliebenen Frau darüber bestimmt, mit wem der Ausgewanderte verheiratet ist, und daß, je nachdem seine Entscheidung ausfällt, eine rechtsgültig geschlossene Ehe aufgelöst wird. Über das Unsittliche, das hierin liegt, kann die Fiktion, daß die aufgelöste Ehe nicht bestanden hat, nicht hinweghelfen, denn in Wirklichkeit hat diese Ehe bestanden, und die Frage, ob ein Rechtssatz unbillig ist, ob er unsern sittlichen Anschauungen entspricht, ist nach den wirklichen, nicht nach den fingierten Umständen zu beantworten.

Die Absicht, derartige Folgen herbeizuführen, dürfen wir dem Gesetzgeber nicht unterschieben, mag sie auch immerhin bei den Bearbeitern vorhanden gewesen sein. Der gesetzgeberische Grund, auf dem die Anfechtbarkeit der Ehe beruht, ist der, daß auf die Ehegatten dieser Ehe kein Gewissenszwang ausgeübt werden soll. Am unerträglichsten würde dieser für gläubige Katholiken sein, denn vom Standpunkt der katholischen Kirche besteht die erste

Ehe weiter zu Recht, und für die Ehegatten der zweiten Ehe ist deshalb, nachdem sie von dem Leben des ersten Gatten Kenntnis erhalten haben, die Fortsetzung der zweiten Ehe ein fortgesetzter Ehebruch. Um diesen zu vermeiden, können sie die zweite Ehe anfechten. Der erste Gatte hat das Anfechtungsrecht nicht, denn für ihn besteht kein Gewissenszwang. Die Kinder der zweiten Ehe leiden durch die Anfechtung, juristisch betrachtet, keine Einbuße. Denn der Anfechtende muß nach § 1350 I[1] bei der Eheschließung in gutem Glauben gewesen sein, es liegt also immer eine Putativ-Ehe vor, und die Kinder behalten in jedem Falle die Rechtsstellung ehelicher Kinder.

So weit sind die Folgen jedenfalls von dem Gesetzgeber vorhergesehen worden. Natürlich können sich die ersten Gatten, wenn der Ausgewanderte keine neue Ehe geschlossen hat, wieder vereinigen, indem sie juristisch eine neue Ehe schließen; von dem streng katholischen Standpunkt, daß die erste Ehe noch fortbesteht, ist das eine unnötige, aber nicht verbotene Handlung. Daß aber der Ausgewanderte ohne Rücksicht auf seinen Willen, ohne Rücksicht auf eine inzwischen von ihm abgeschlossene Ehe gezwungen wird, wieder in der ersten Ehe zu leben, ist durch den Zweck des Gesetzes in keiner Weise begründet.

Die herrschende Ansicht hat sich gleichwohl, der Lehre von der juristischen Wahrheit der Fiktionen folgend, dafür entschieden, daß bei Anfechtung der neuen Ehe die alte Ehe von selbst wieder in Kraft tritt. Dagegen hat Dernburg in der Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag (1902) mit ausführlicher Begründung Stellung genommen. Aus seinen Erörterungen sei folgendes hervorgehoben.

„Eheschließung" oder „Eingehung einer Ehe" liegt nicht nur vor, wenn eine rechtsgültige, sondern auch, wenn eine nichtige Ehe geschlossen wird. Das beweist schon § 171 StGB., der die „Eingehung" einer neuen Ehe vor Auflösung, Ungültigkeits- oder Nichtigkeitserklärung der alten Ehe mit Zuchthaus bestraft, und der zweifellos dann Anwendung findet, wenn die neue Ehe als bigamische ungiltig ist. Nach § 1348 II[1] wird also die Ehe des für tot Erklärten nur dann aufgelöst, wenn sein Ehegatte eine nichtige Ehe

eingeht (S. 11f.). Es ist Nicht-Ehe und nichtige Ehe sehr wohl zu unterscheiden (S. 15ff.). Daher kann die Auflösung der ersten Ehe nicht dadurch rückgängig gemacht werden, daß die zweite Ehe angefochten und infolgedessen als nichtig fingiert wird. Zum Schluß weist Dernburg auf die sittlichen Bedenken gegen die herrschende Ansicht hin und fügt hinzu:

> Die richtige Interpretation des § 1348 befreit das BGB. von einem Flecken, welcher ihm nach gewöhnlicher Auffassung anhaftet.
>
> Es gibt ein Kinderspiel: „Wechselt eure Plätze", ein lustiges Spiel! Aber die Ehe ist kein Spiel und darf keine Organisation haben, welche solchem Spiel gleicht.

Daß das BGB. den von Dernburg behaupteten Sprachgebrauch hat, kann unmöglich bestritten werden. „Eheschließung" bedeutet die tatsächliche Handlung, mag die Ehe gültig oder nichtig sein. Daher wird das Wort unbedenklich auch dann gebraucht, wenn die geschlossene Ehe nichtig ist:

> § 1324. Eine Ehe ist nichtig, wenn bei der *Eheschließung* die in § 1317 vorgeschriebene Form nicht beobachtet ist.
>
> § 1325. Eine Ehe ist nichtig, wenn einer der Ehegatten zur Zeit der *Eheschließung* geschäftsunfähig war. . . .
>
> § 1326. Eine Ehe ist nichtig, wenn einer der Ehegatten zur Zeit der *Eheschließung* mit einem Dritten in einer gültigen Ehe lebte.

Wie ist es zu rechtfertigen, daß es bald darauf in § 1348 II[1]:

> Mit der Schließung der neuen Ehe wird die frühere Ehe aufgelöst,

eine ganz andere Bedeutung haben soll?

Man sieht, die herrschende Anschauung kann nur durch eine künstliche, dem Sprachgebrauch des Gesetzbuches zuwiderlaufende Auslegung in dieses hineingelegt werden.

Welche unleidlichen Folgerungen die herrschende Ansicht hat, zeigt die Ausführung von Friedberg, der auf ihrem Standpunkte steht. Um die Frage nach allen Richtungen hin zu erörtern, ist es nötig, darauf näher einzugehen. Er

sagt — ohne Dernburg zu erwähnen — in seinem „Lehrb. d. kath. u. ev. Kirchenrechts“ 5. Aufl. (1903) § 143 A. 23:

> Durch das auf die Anfechtung ergangene rechtskräftige Urteil wacht die erste Ehe mit dem Verschollenen ipso jure wieder auf. Denn sie ist nur durch Schließung der zweiten Ehe aufgelöst worden, durch deren Anfechtung tritt aber derselbe Erfolg ein, wie wenn diese nie geschlossen, und die erste Ehe nie aufgelöst worden wäre.

Um die Unbilligkeit dieses Ergebnisses zu mildern, weist er darauf hin, daß der für tot Erklärte seine wieder erwachte Ehe wegen Ehebruchs scheiden lassen kann, falls sein Fortleben dem zweiten Ehegatten bei Schließung der zweiten Ehe bekannt war.

Darauf heißt es:

> Eine besondere Schwierigkeit erwächst, wenn der für tot Erklärte, nachdem seine Ehe mit dem Zurückgebliebenen durch dessen Wiederverheiratung gelöst ist, sich seinerseits wieder verheiratet. Wird nun aber die zweite Ehe des Zurückgebliebenen angefochten, und ist somit die erste Ehe fortbestehend, so befindet sich der für tot Erklärte im legitimen Besitz zweier Ehegatten.

Da dies der Gesetzgeber nicht beabsichtigt haben kann, so ist zu folgern, daß er falsch verstanden worden sein muß. Und auch der Punkt, in dem er falsch verstanden worden ist, ist nicht schwer zu finden. Der Gesetzgeber hat zweifellos die angefochtene Ehe mit allen ihren Folgen beseitigen wollen, aber keineswegs die erste Ehe ipso jure wiederherstellen wollen. Aber Friedberg durchhaut den gordischen Knoten, statt ihn zu lösen:

> Aus diesem Dilemma kommt man nur durch die Annahme, daß die Gültigkeit der zweiten Ehe des Verschollenen wegen § 1309 so lange in suspenso ist, bis die Anfechtungsklage der zweiten Ehe des Zurückgebliebenen ausgeschlossen ist.

Dies ist gegen den Sinn des Gesetzes. Das Gesetzbuch kennt zwei Fälle, in denen eine Ehe in suspenso ist, die heilbare Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit, und hat

diese Fälle ganz bestimmt begrenzt (§§ 1323, 1330). Hier wird, um eine Theorie zu retten, die in dem Gesetzbuch selbst keine Stütze findet, ein dritter Fall geschaffen.

Auf die Rechtslage der Kinder ist Friedberg leider nicht eingegangen.

§ 8. Versteckte Fiktionen.

In der Regel tritt eine Fiktion schon durch die Fassung des Gesetzes als solche hervor. Das Gesetzbuch pflegt sie durch Wendungen wie „es gilt als . . .“, „es wird angesehen als . . .“ zu kennzeichnen. Aber dies ist durchaus nicht immer der Fall.

§ 1329 sagt:

> Die Nichtigkeit einer nach den §§ 1325—1328 nichtigen Ehe kann, solange nicht die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden. Das gleiche gilt von einer nach § 1324 nichtigen Ehe, wenn sie in das Heiratsregister eingetragen ist.

Die Auffassung, die diesem Paragraphen zugrunde liegt, ist schief. Die Nichtigkeit als solche hat keine Rechtswirkungen und braucht daher nicht „geltend gemacht“ zu werden. Wer die Wirkungen der Ehe nicht gelten lassen will, der bestreitet die Ehe und könnte nach allgemeinen Regeln nun den Beweis einer gültigen Ehe abwarten. Die Fassung erklärt sich vom prozessualen Standpunkte. Derjenige, der sich auf die Ehe beruft, wird den Abschluß derselben bez. ihre Eintragung in das Heiratsregister behaupten, und der andere Teil wird dann dagegen ihre Gültigkeit bestreiten.

Die unrichtige Fassung kann uns nicht abhalten, dem deutlich erkennbaren Willen des Gesetzgebers Folge zu geben. Gerade das Bestreiten der Gültigkeit hat der Gesetzgeber mit dem „Geltendmachen der Nichtigkeit“ gemeint, und hat es für unzulässig erklären wollen. Das heißt nichts anderes, als daß man eine nichtige Ehe einstweilen gelten lassen muß, daß man sich einstweilen denselben Rechtswirkungen unterwerfen muß, wie sie eine gültige Ehe gehabt haben würde. Dies ist aber eben eine Fiktion. Es ist

ebenso, als wenn das Gesetz gesagt hätte, daß eine nichtige Ehe in den bezeichneten Fällen einstweilen bis zur Durchführung der Nichtigkeitsklage als gültig anzusehen sei.

Völlig unbeschränkt ist diese Fiktion nicht. So bildet die nichtige, aber noch nicht für nichtig erklärte Ehe kein trennendes Ehehindernis für eine zweite Ehe (§ 1326).

Die Fiktion gehört zu den präsumtionsähnlichen Fiktionen (§ 3). Fiktionsbasis ist die Eintragung in das Heiratsregister bez. der formell richtige Abschluß der Ehe. In der Regel wird dann eine rechtsgültige Ehe vorliegen; ist dies aber ausnahmsweise nicht der Fall, so darf der Mangel gleichwohl nicht „geltend gemacht werden", d. h. es treten wenigstens einstweilen dieselben Wirkungen ein, wie bei einer rechtsgültigen Ehe. Der wirkliche und der fingierte Rechtszustand wird also überhaupt nicht unterschieden, und es wird gar nicht untersucht, ob der fingierte Tatbestand der Wahrheit entspricht oder nicht.

Eine besondere Eigentümlichkeit hat die Fiktion insofern, als sie beseitigt werden kann, nämlich im Wege der Nichtigkeitsklage. Dann fallen alle ihre Wirkungen fort, und es bleiben allein die Wirkungen des wirklichen Rechtszustandes übrig. Dadurch wird die Fiktion noch keineswegs zu einer gewöhnlichen Präsumtion, denn sie kann nicht, wie diese, von jedem lediglich durch Gegenbeweis beseitigt werden.

Ganz denselben Charakter trägt die Fiktion der Ehelichkeit eines Kindes:

> § 1593. Die Unehelichkeit eines Kindes, das während der Ehe oder innerhalb 302 Tagen nach Auflösung der Ehe geboren ist, kann nur geltend gemacht werden, wenn der Mann die Ehelichkeit angefochten hat oder, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, gestorben ist.

Auch hier ist das fiktive Element, welches in der Bestimmung steckt, in der Fassung nicht zum klaren Ausdruck gebracht. Gleichwohl ist es vorhanden. Ist das Kind in Wirklichkeit nicht von dem Ehemanne der Mutter erzeugt worden, so kann dieser durch die Bestimmung des § 1593 nicht zu seinem Vater werden, aber das Kind tritt zu ihm —

wenigstens einstweilen — in ein ebensolches rechtliches Verhältnis wie zu einem wirklichen ehelichen Vater. Auch hier ist es wieder im Sinne des Gesetzes, daß zwischen fingiertem und wirklichem Tatbestand gar nicht unterschieden wird.

Die Fiktion ist wieder eine zerstörliche, da sie durch Anfechtung beseitigt werden kann. Sie wird durch den Verlust des Anfechtungsrechtes zu einer endgültigen. Wenn der Vater stirbt, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, so verwandelt sie sich in eine Präsumtion, denn nun kann sie jeder Interessierte durch Gegenbeweis widerlegen.

§ 9. Kollision von Fiktionen.

Neben der soeben erörterten Fiktion des § 1593 zugunsten der in einer gültigen Ehe geborenen oder erzeugten Kinder hat das Gesetzbuch eine vollständig gleiche Fiktion zugunsten der in einer Putativehe geborenen oder erzeugten Kinder:

> § 1699 I. Ein Kind aus einer nichtigen Ehe, das im Falle der Gültigkeit der Ehe ehelich sein würde, gilt als ehelich, sofern nicht beide Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung gekannt haben.

Setzen wir folgenden Fall. Eine Frau, die ihren ersten Mann für tot hält, verheiratet sich zum zweiten Male. In der zweiten Ehe, die natürlich nichtig, aber eine Putativehe ist, werden mehrere Kinder geboren, deren „Ehelichkeit" der erste Ehemann nicht anficht. Er hat die Anfechtungsfrist versäumt und nimmt, nachdem er wieder zurückgekehrt ist, väterliche Rechte über sie in Anspruch. Vielleicht leiten ihn dabei eigennützige Gründe, da die Kinder von mütterlichen Verwandten Vermögen erworben haben, und er die Nutznießung davon haben will. Wem gehören die Kinder?

Bei wörtlicher Auslegung der Fiktionen von § 1593 und § 1699 I ist gar keine andere Antwort möglich, als daß die Kinder zwei juristische Väter haben, denn für beide Fiktionen ist die Fiktionsbasis vorhanden.

Es ist nicht möglich, der Schwierigkeit dadurch zu entgehen, daß man der rechtsgültigen Ehe den Vorzug vor der nichtigen gibt. Dies würde der offenbaren Absicht des

Gesetzgebers widersprechen, denn Kinder aus einer Putativehe sollen nach § 1699 I ihren Eltern gegenüber dieselbe Rechtsstellung haben wie Kinder aus einer gültigen, und der gutgläubige Ehemann der Mutter soll ihnen gegenüber dieselben Rechte haben wie ein Vater über seine rechtmäßigen Kinder. In dem aufgestellten Beispiele würde außerdem die Bevorzugung des rechtmäßigen Ehemannes vor dem putativen Ehemanne, der der wirkliche Erzeuger ist, zu einer handgreiflichen Unbilligkeit führen und ersterem Gelegenheit geben, seine Stellung als Ehemann zu unlauteren Zwecken auszunutzen.

Ebensowenig kann man natürlich der putativen Ehe grundsätzlich den Vorzug geben. Auch hierfür bietet das Gesetz keinen Anhalt, und es würde in anderen Fällen zu ebensogroßen Unbilligkeiten führen. Man denke nur an den Fall, daß eine Frau, die eine nichtige Ehe geschlossen hat, sich in gültiger Ehe wieder verheiratet.

Man könnte nun an den Ausweg denken, die Entscheidung davon abhängig zu machen, bei wem die Frau während der Empfängniszeit gewohnt hat. Aber auch das ist gegen den Sinn des Gesetzes. Die Folgen des § 1593 wie des § 1699 I sind davon, ob die Frau mit ihrem Ehemanne, und ebenso davon, ob sie mit einem andern zusammengelebt hat, unabhängig. Diese Umstände können bei der Anfechtung der Ehelichkeit geltend gemacht werden, und ob sie überhaupt geltend gemacht werden, soll von dem Ehemanne abhängen. Bis aber der Ehemann die Anfechtungsklage erhebt, hat das Kind unter allen Umständen die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes.

Es bleibt demnach nur übrig, durch einschränkende Auslegung zu helfen. Vom Standpunkte des Gesetzgebers beruht der § 1593 nicht auf der Rechtsgültigkeit der Ehe, das zeigt § 1699 I, der dieselbe Bestimmung auf eine nichtige Ehe überträgt. Der gesetzgeberische Grund für beide liegt vielmehr in dem ehelichen Verhältnis, d. h. in dem Verhältnis, welches der Sitte gemäß durch die Eheschließung zwischen den Ehegatten entsteht. Durch dieses wird es gerechtfertigt, daß die von der Frau geborenen Kinder ohne Untersuchung der näheren Umstände als Kinder

des Ehemannes angesehen werden, und daß nur der Mann das Recht hat, die Abstammung derselben von ihm in Zweifel zu ziehen. Ein derartiges sittliches Verhältnis entsteht aber nicht nur durch eine rechtsgültige Ehe, sondern ebenso durch eine Putativehe, und hierin liegt der Grund, weshalb in dieser Beziehung die Bestimmungen für rechtsgültige Ehen auch auf Putativehen übertragen sind, also der gesetzgeberische Grund für die Fiktion des § 1699 I.

Das sittliche Verhältnis unter den Ehegatten wird nun durch Verfehlungen eines Ehegatten gegen dasselbe keineswegs aufgehoben, selbst dann nicht, wenn infolge davon die wirkliche Abstammung des Kindes zweifelhaft ist, und selbst nicht, wenn die Abstammung des Kindes von dem Manne unter den gegebenen Umständen unmöglich ist. Selbst dann tritt § 1593 in Kraft, und es hängt allein vom Manne ab, ob er die Ehelichkeit des Kindes anfechten will. Dritte sollen sich nicht in die inneren Verhältnisse der Familie einmischen.

Auch eine längere Trennung löst das sittliche Verhältnis unter den Ehegatten nicht. Ob sie wirklich von Dauer sein wird, ist niemals festzustellen, denn die Ehegatten haben jederzeit das Recht und sogar die Pflicht, sich wieder zu vereinigen. Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß in der Zwischenzeit die Ehegatten sich gleichwohl als solche behandeln und vorübergehend in geschlechtlichen Verkehr miteinander treten. Ob dies wirklich geschehen ist, das soll eben nach der Absicht des Gesetzes regelmäßig nur bei der Anfechtungsklage des Ehemannes untersucht werden dürfen. Und das gilt selbst dann, wenn die Frau mit einem Dritten im Konkubinat lebt. Der Ehemann kann nicht nur jederzeit ihre Rückkehr fordern, sondern er kann auch die von ihr geborenen Kinder als die seinigen in Anspruch nehmen, und hat andererseits gegen diese, bis er die Anfechtungsklage erhebt, alle Pflichten eines Vaters. Vielleicht geht dies zu weit, aber dem Sinne des Gesetzes entspricht es, und es empfiehlt sich auch aus Zweckmäßigkeitsgründen, weil es zwischen einzelnen Verfehlungen der Frau und einem dauernden Konkubinat alle Zwischenstufen gibt, und eine feste Grenze zwischen beiden kaum zu ziehen sein würde.

Anders aber, wenn zu der tatsächlichen Trennung hinzukommt, daß einer der Ehegatten eine neue Ehe schließt. Freilich bleibt die alte Ehe von Rechts wegen bei Bestand, aber von einem noch bestehenden ehelichen Verhältnis im moralischen Sinne kann unter den beiden ersten Ehegatten jetzt nicht die Rede sein. Die zweite Ehe ist zwar nichtig, aber tatsächlich wird unter den Ehegatten der zweiten Ehe ein — wenn auch durch die Nichtigkeitsklage lösbares — eheliches Verhältnis begründet. Auch vom Rechtsstandpunkte ist zu beachten, daß der Abschluß einer nichtigen Ehe, wenn die wesentlichen Formen gewahrt sind, oder die Ehe ins Heiratsregister eingetragen ist, ein Vorgang ist, der keineswegs vom Rechte ignoriert wird, sondern sehr bedeutsame Rechtsfolgen hat.

Für die Annahme der Vaterschaft des ersten Ehemannes und überhaupt für die Anwendung des § 1593 entfällt jetzt jeglicher Grund. Selbst für den Fall, daß die Gatten der zweiten Ehe beide in schlechtem Glauben sind, muß das behauptet werden. Mögen diese sich auch noch so sehr vergangen haben, so würde es doch jeglicher Gerechtigkeit widersprechen, wenn der erste Ehegatte nach seinem Belieben väterliche Rechte über die Kinder der zweiten Ehe beanspruchen könnte, sie selbst in seine Erziehung, ihr Vermögen in seine Verwaltung und Nutznießung nehmen könnte. Es ist jetzt auch gar kein Grund vorhanden, weshalb diese Tatumstände nicht von den Vertretern der Kinder selbst und von dritten Personen geltend gemacht werden sollten. Will man hier einfach den Wortlaut des Gesetzes für maßgebend erklären, so bedeutet das überhaupt einen Verzicht auf sinngemäße Auslegung.

Ist nun aber die zweite — nichtige — Ehe eine Putativ-Ehe, so führt dies nicht nur zu tatsächlichen Ungeheuerlichkeiten, sondern geradezu zu einer juristischen Unmöglichkeit, weil jetzt bezüglich der zweiten Ehe der § 1699 I Platz greift. Denn daß zwei Väter als Inhaber der elterlichen Gewalt eine juristische Unmöglichkeit sind, wird wohl nicht bestritten werden.

Entsprechend ist die Sachlage zu beurteilen, wenn die erste Ehe nichtig ist und infolgedessen die Gatten sich

trennen und einer von ihnen eine zweite Ehe schließt, die natürlich gültig ist. Daß die Gatten der zweiten Ehe, sofern sie nicht gutgläubig sind, sich strafbar machen, ist für die hier vorliegende Frage belanglos. Für die Kinder aus der zweiten Ehe greift hier § 1593 durch, nicht etwa deshalb, weil die zweite Ehe als die rechtsgültige vorginge, sondern, weil durch den Abschluß der zweiten Ehe das eheliche Verhältnis zwischen den Gatten der ersten Ehe zerrissen ist, und ein eheliches Verhältnis zwischen den Gatten der zweiten Ehe entstanden ist.

Ähnliche Verhältnisse entwickeln sich, wenn die erste Ehe anfechtbar ist. A schließt mit der M eine anfechtbare Ehe. Er wird für tot gehalten, und die M schließt mit B eine neue Ehe. Man kann den Fall ohne große Phantasie noch weiter ausspinnen: B erfährt später, daß A noch lebt, verläßt deshalb die M und schließt mit der N eine Ehe. Aus allen diesen Ehen stammen Kinder.

Es ist interessant zu verfolgen, wie sich die Verhältnisse nach der Theorie von der juristischen Wahrheit der Fiktion gestalten. Vor der Anfechtung ist die Ehe zwischen A und der M gültig, die Ehe zwischen der M und dem B nichtig, die Ehe zwischen B und der N gültig. Alle von der M geborenen Kinder sind, wenn ihre Ehelichkeit nicht angefochten wird, Kinder des A, die Kinder, die die M in der Ehe mit B geboren hat, sind außerdem, wenn eine Putativ-Ehe vorliegt, Kinder des B, diese haben also zwei Väter. Die Kinder der N haben B zum ehelichen Vater.

Nun wird die Ehe zwischen A und der M angefochten. Dadurch stellt sich heraus, daß sie nie bestanden hat, die Ehe der M mit B ist also gültig, und die Ehe von B mit der N ist nichtig. B wechselt also die Frau, die M den Mann, und es stellt sich jetzt heraus, daß die N, die bisher rechtsgültig verheiratet war, nie verheiratet gewesen ist. Man vergegenwärtige sich, in welcher Lage sich die Beteiligten während der Zeit befinden, in der ihnen die obwaltenden Verhältnisse bekannt geworden sind, es aber noch ungewiß ist, ob die Ehe von A mit der M angefochten werden wird. B weiß nicht, ob er mit der M oder der N verheiratet ist, und die N weiß nicht, ob sie verheiratet ist oder nicht.

Dieses Ergebnis ist übrigens ganz unabhängig davon, ob die beteiligten Personen in bezug auf die von ihnen geschlossene Ehe gutgläubig sind oder nicht.

Für die Kinder ist das aber von Bedeutung. Sind alle Beteiligten gutgläubig, so bleiben die Verhältnisse, wie sie sind: wo bisher § 1593 Anwendung fand, findet jetzt § 1699 I Anwendung und umgekehrt. Also die Kinder von A und der M haben nach § 1699 I A zum Vater, die Kinder von B und der M nach § 1699 I A und nach § 1593 B zum juristischen Vater, die Kinder von B und der N nach § 1699 I B zum Vater.

Ganz anders im Falle der Schlechtgläubigkeit. Wenn A und die M die Anfechtbarkeit kennen, so werden ihre Kinder natürlich durch die Anfechtung zu unehelichen: Dies kann bei Anfechtung durch den gesetzlichen Vertreter vorkommen. Wenn B und die M in bezug auf ihre Ehe schlechtgläubig waren, so galt für ihre Kinder bisher nicht der § 1699 I, diese waren vielmehr lediglich Kinder des A wegen § 1593; nach der Anfechtung sind sie nicht mehr Kinder des A, sondern, weil nun die Ehe von B und der M gültig ist, eheliche Kinder des B. Es wechseln also auch die Kinder den juristischen Vater. Noch größere Schwierigkeiten bietet die Ehe von B mit der N; man weiß nicht einmal, in welchen Fällen man Schlechtgläubigkeit der Ehegatten annehmen soll, da die Ehe bisher weder nichtig noch anfechtbar war und lediglich auf Grund einer juristischen Fiktion vernichtet wird. Es dürfte aber zwecklos sein, auf die Verwicklungen, die sich hierdurch ergeben, näher einzugehen. Solche Folgen können vom Gesetz nicht beabsichtigt sein.

Gehen wir statt dessen von der wirklichen Rechtslage aus.

Die Ehe zwischen A und der M war ursprünglich gültig, die Ehe zwischen der M und B nichtig, die Ehe zwischen B und der N gültig. Durch die Anfechtung wird die Ehe von A und der M nichtig, im übrigen bleibt die Rechtslage, wie sie ist, denn die Fiktion der Nichtigkeit bezieht sich nur auf diese Ehe, andere Ehen können durch sie weder nichtig noch gültig werden.

Was die Kinder anbelangt, so sind die Kinder von A und der M ursprünglich eheliche; nach der Anfechtung stehen sie im Falle der Gutgläubigkeit eines Ehegatten ehelichen gleich, andernfalls gelten sie als uneheliche.

Die Kinder von B und der M haben im Falle einer Putativehe die Rechtsstellung ehelicher Kinder des B. Die Vaterschaft des A kann für sie nicht nach § 1593 fingiert werden. Beides gilt in gleicher Weise vor wie nach der Anfechtung der Ehe von A mit der M.

Die Kinder von B und der N sind eheliche Kinder des B.

Die Lösung ist einfach und wird den natürlichen Verhältnissen gerecht.

Zur Lehre
von der ungerechtfertigten Bereicherung.

Von

Dr. A. v. Tuhr.

In der gemeinrechtlichen Doktrin und in der Literatur des Entwurfs ist viel darüber gestritten worden, ob der die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts bewirkende Irrtum entschuldbar sein müsse. BGB. § 119 ist schließlich zu dem Resultat gekommen, daß der nach Inhalt und Tragweite erhebliche Irrtum ohne Rücksicht auf seine Entschuldbarkeit zur Anfechtung berechtigt. Die darin liegende Härte gegen den Anfechtungsgegner wird dadurch ausgeglichen, daß der Anfechtende den Schaden, den er durch die Anfechtung anrichtet, zu ersetzen hat, und zwar ebenfalls ohne daß es auf sein Verschulden beim Irrtum ankommt, § 122. Diese Regelung des Irrtumsproblems hat fast allgemeine Zustimmung gefunden; sie ist in der Tat geeignet, den verschiedenen Gestaltungen des Rechtslebens gerecht zu werden. In der Kontroverse des gem. Rechts [1]) mußte der Richter oft vor der unerfreulichen Alternative stehen, entweder dem Irrenden infolge eines vielleicht nicht sehr schweren Verschuldens seine Hilfe zu versagen, oder dem Gegner einen Schaden aufzulegen, den der Irrende verschuldet oder wenigstens verursacht hat. Nach BGB. wird, wenn die Aufhebung des Rechtsgeschäfts nicht ohne Nachteil erfolgen kann, dieser Schaden stets der Partei auferlegt, welche unter Berufung auf ihren Irrtum den durch ihren Willen hergestellten Rechtszustand beseitigt. Der Schaden und die Ersatzpflicht des § 122 entsteht nicht sowohl aus dem Irrtum, als aus der wegen des Irrtums erfolgenden Anfechtung: das Anfechtungsrecht des § 119 gehört zu den Rechten, deren Ausübung zum Ersatz des durch die Ausübung angerichteten Schadens verpflichtet. [2])

---

[1]) Vgl. Windscheid § 76; Dernburg, Pand. I § 101. — [2]) Zu vergleichen etwa mit den tatsächlichen Eingriffen in fremde Rechtssphäre, welche nach § 867. 904 gegen Ersatz des Schadens erlaubt sind, vgl. Tuhr, Ztschr. f. schweiz. R. 16, 24.

Das wird besonders deutlich, wenn man an den Fall denkt, daß beide Parteien im gleichen Irrtum befangen sind, was in bezug auf die wesentlichen Eigenschaften der Sache, § 119 II, vorkommen kann; wer von beiden das Rechtsgeschäft anficht, hat dem anderen das negative Interesse zu ersetzen, obgleich der andere sich im selben Irrtum befunden hat.[1])

Dieselbe Interessenkollision besteht bei dem Irrtum, auf dem die condictio indebiti beruht. Wer eine Nichtschuld bezahlt, erleidet einen Schaden, welcher ihm billigerweise abgenommen werden sollte, indem man ihm die Rückforderung des Geleisteten gestattet. Aber auf der anderen Seite entsteht für den Empfänger der Leistung durch die Rückforderung jedenfalls eine Störung, oft sogar eine Schädigung der ökonomischen Lage. Man kann dem Irrenden die erwünschte Hilfe nicht in vollem Maße angedeihen lassen, ohne daß der andere Teil darunter zu leiden hätte. Bei dieser Sachlage stehen dem Gesetzgeber zwei Wege offen: entweder wird der Umfang der Rückforderung so bestimmt, daß eine Schädigung des Empfängers ausgeschlossen ist, oder es wird dem Irrenden in vollem Maße geholfen, dafür aber die Hilfe auf die Fälle beschränkt, in denen er sie durch die Beschaffenheit und Entstehung seines Irrtums besonders verdient.

Das römische Recht hat den zweiten Weg gewählt: die cond. indeb. erforderte Entschuldbarkeit des Irrtums und war infolgedessen bei Rechtsirrtum in der Regel ausgeschlossen.[2]) Gegen diesen Satz gab es im gemeinen Recht eine Opposition, welche in der Beschränkung der cond. indeb. eine willkürliche Abweichung vom Grundgedanken der Kondiktionen erblickte.[3]) In der Tat führte die herrschende Lehre bisweilen zu Entscheidungen, welche sich mit dem, was uns billig erscheint, schwer vereinigen lassen. So hat z. B. das OLG. Jena[4]) die Rückforderung für unstatthaft erklärt, wenn der Kassierer eines Bankgeschäftes einen Coupon, der auf 15 Mark lautet, im Versehen für 30 Mark einlöst.

[1]) Vgl. Endemann I § 71 N. 28. — [2]) Vgl. Bähr, Anerkennung § 19 S. 56 (3. Aufl.). — [3]) Vgl. Windscheid § 426 N. 14. — [4]) Seuff A. 33 Nr. 33.

Allerdings ist der Irrtum des in seinem Geschäftskreis handelnden Kassierers unentschuldbar, aber unser Rechtsgefühl nimmt Anstoß daran, wenn der glückliche Empfänger das Zuvielbezahlte ruhig behalten dürfte; ein solcher Rechtssatz ist zwar geeignet, Vorsicht und Pünktlichkeit im Geschäftsleben zu fördern, und steht auf einer Linie mit dem causa cadere wegen pluspetitio im römischen Prozeß, kann sich aber in unserem Recht, welches sich in vielleicht zu weit gehender Weise von allen pönalen Elementen emanzipiert hat, nicht mehr halten.[1])

Die modernen Gesetzgebungen haben das Erfordernis der Entschuldbarkeit des Irrtums stillschweigend fallen lassen.[2]) Noch weiter geht das BGB., indem er den Irrtum des Leistenden nicht mehr zum Klagfundament der cond. indeb. rechnet, sondern nur dem Empfänger den Beweis erlaubt, daß der Leistende den Mangel einer Verpflichtung kannte, § 814. Dieses völlige Abgehen von den Grundsätzen des römischen Rechts ist nicht ohne Widerspruch geblieben.[3]) Man hat darin eine Störung der Verkehrssicherheit gesehen, die auf der Unantastbarkeit erledigter Geschäfte beruht. Indessen konnte der Gesetzgeber, nachdem er sich einmal entschlossen hatte, den Anfechtungsirrtum, § 119, ohne Rücksicht auf seine Entschuldbarkeit zu beachten, beim Irrtum über die causa der Leistung nicht wohl einen strengeren Maßstab anlegen. Wird doch durch die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts die Rechtssicherheit u. U. ebensosehr gestört, wie durch die Rückforderung einer irrtümlichen Leistung. Will man aber hier wie dort jeden, auch den schuldhaften, Irrtum berücksichtigen, so ist es

---

[1]) Ebenso unbillig scheint mir das Resultat in Seuff A. 43 Nr. 212: A schickte dem B einen von X akzeptierten Wechsel zum Inkasso: B schickte den Betrag an A, in der irrtümlichen Meinung, der Wechsel sei von X eingelöst. Die cond. wurde vom OLG. Hamburg abgewiesen; sie wäre nach BGB. zulässig; dagegen würde B dem A aus dem Auftragsverhältnis haften, wenn aus der unterlassenen Einziehung des Wechsels für A ein Schaden, z. B. infolge eintretender Zahlungsunfähigkeit des X, entsteht. — [2]) So namentlich Code Civil Art. 1376/7 und schweiz. OR. Art. 72. — [3]) Bähr, Gegenentwurf § 758: Meischeider in Bekker u. Fischer, Beiträge III 71; Gierke, Entwurf 274.

m. E. ohne große praktische Bedeutung, ob man, wie im gem. Recht, vom Kläger den Beweis seines Irrtums verlangt, oder vom Beklagten den Beweis dafür, daß dem Kläger das Nichtbestehen der Schuld bekannt war. Denn in den meisten Fällen beruht die Zahlung eines indebitum auf einem Irrtum des Zahlenden, der sich aus den Umständen der Zahlung von selbst ergibt. Hat aber der Kläger ausnahmsweise wissentlich gezahlt, so wird das ihn dazu veranlassende Motiv, z. B. Liberalität gegen den Empfänger, diesem meist bekannt sein und daher von ihm bewiesen werden können.[1])

Wenn nun aber das Gesetz bei den Erfordernissen der Rückforderungsklage sich ganz auf die Seite des Leistenden stellt und seinen Interessen so weit entgegenkommt, als nur möglich, so darf das ohne Nachteil für das Rechtsleben nur so geschehen, daß beim Umfang der Rückforderung die Interessen des Empfängers in vollem Maße zur Geltung kommen. So gut bei der Anfechtung der Irrende dem anderen Teil das negative Interesse ersetzen muß, ebenso darf die Rückforderung des irrtümlich Geleisteten nicht zu einer Schädigung des Empfängers führen. Seine Haftung muß, wenn er nicht schuldlos unter dem Irrtum des Leistenden leiden soll, auf den Betrag beschränkt sein, um welchen

---

[1]) Zu bedenklichen Entscheidungen kann die Anwendung des § 814 führen im Fall daß der Leistende sich im Zweifel über das Bestehen der Schuld befand und dennoch zahlte, z. B. um der drohenden Klage zu entgehen; wollte man ihm die Rückforderung gestatten, nachdem vielleicht dem Gläubiger Zeugen und sonstige Beweismittel nicht mehr zu Gebote stehen, so wäre das m. E. eine Unbilligkeit, die der Gläubiger als Verstoß gegen Treu und Glauben empfinden würde. Das durch die Justinianische c. 11 C. 4, 5 verdrängte klassische röm. Recht war geneigt, in solchen Fällen einen Vergleich anzunehmen, vgl. insbesondere fr. 65 § 1 D. 12, 6: quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur: nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. Wenn man das „gegenseitige Nachgeben" in § 779 urgiert, wie es zu geschehen pflegt, so liegt hier kein Vergleich vor, und doch wird man die Rückforderung verweigern müssen, weil, um mit den Motiven II S. 834 und Planck § 813, 2 c. zu sprechen, „in der erkennbaren Absicht geleistet ist, daß es bei der Leistung verbleiben solle, auch wenn die Verbindlichkeit nicht besteht."

er im Moment der Rückforderung noch bereichert ist. Damit sind die Nachteile der Rückgängigmachung einer Zahlung, die das Gesetz nicht aus der Welt schaffen kann, der Partei aufgebürdet, ohne deren Irrtum die Leistung nicht erfolgt und die Rückforderung nicht nötig geworden wäre. So erscheint die Begrenzung der cond. indeb. auf die Bereicherung als notwendiges Korrelat zu der schrankenlosen Zulassung der Rückforderung.

Das römische Recht hat die Interessen des Empfängers der Leistung in anderer Weise gewahrt, indem es die condictio nur da zuließ, wo überwiegende Gründe der Billigkeit die Antastung des bestehenden Zustands fordern: dagegen bot die römische condictio, wenn sie angestellt werden durfte, nicht immer Garantie dafür, daß der Empfänger der Leistung von jedem Schaden verschont blieb.

II.

Die römische cond. indeb. ist wie alle übrigen cond. sine causa nicht, oder wenigstens nicht von vornherein, das gewesen, was wir heute eine Bereicherungsklage nennen[1]), d. h. eine Klage, bei der sowohl der Grund in der ungerechtfertigten Bereicherung des Beklagten liegt, als auch der Inhalt sich nach dem Maß dieser Bereicherung bestimmt.[2]) Die cond. indeb. konnte zwar auf den allgemeinen Gedanken zurückgeführt werden: aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem (fr. 14 D. 12, 6), weil sie dazu diente, eine auf Irrtum beruhende Vermögensverschiebung rückgängig zu machen, aber ihr petitum war diesem Zweck nicht adäquat gestaltet: zurückgefordert wurde das, was der Beklagte indebite erhalten hatte, nicht der Betrag, um den sein Vermögen zur Zeit der Rückforderung noch bereichert war. Das ergab sich aus den abstrakten Formeln der Kondiktionen, die nicht nach dem Grund, sondern nach dem Gegenstand der Klage indi-

---

[1]) Vgl. v. Mayr, Condictio 360 fg. — [2]) Ebenso war die a. legis Aquiliae nur ihrem Grunde (damnum iniuria datum), nicht ihrem Inhalt nach Schadensersatzklage in unserem Sinne, weil sie vermöge der eigentümlichen Schätzung dem Kläger mehr gewähren konnte, als den Betrag des erlittenen Schadens.

vidualisiert waren. Die Rückforderung geschah entweder mit der cond. certae pecuniae: s. p. centum d. o., centum condemna, oder mit der cond. certae rei: s. p. tritici modios decem (hominem Stichum) d. o., quanti ea res est, c.[1]) In beiden Fällen bestimmte sich die intentio nach dem Betrag des indebite empfangenen Gegenstandes, ebenso wie bei der cond. aus Darlehen der ausgezahlte Betrag, bei der cond. aus Stipulation die versprochene Summe maßgebend war. Das entspricht dem Charakter der cond. als eines iudicium strictum, in welchem dem iudex eine einfache und präzis zu beantwortende Frage vorlag. Dagegen kann die Feststellung des gegenwärtigen Betrags der Bereicherung, wie wir sie bei den heutigen Bereicherungsklagen vornehmen, nicht erfolgen, ohne daß eine Menge von Nebenumständen berücksichtigt wird, die mit der Tatsache der Leistung oft in einem mittelbaren oder zweifelhaften Zusammenhang stehen. Die Beurteilung eines Bereicherungsanspruchs nach den z. B. von Windscheid vertretenen Grundsätzen ist der extremste Gegensatz zu dem, was die Römer technisch iudicium nannten, und entspricht durchaus dem Charakter eines arbitrium.[2]) Nun ist aber condictio stets identisch mit iudicium strictum gewesen und geblieben, solange das Wesen der Formeln verstanden wurde.

Daß mit der cond. das Hingegebene, nicht das noch Vorhandene verlangt wurde, ergibt sich ferner aus den bekannten Regeln der pluspetitio: der Kläger wurde abgewiesen, wenn er in der intentio mehr verlangte, als ihm geschuldet war. Der Kläger kann aber unmöglich wissen, wie hoch sich die Bereicherung des Beklagten aus dem indebitum beläuft; selbst der Beklagte kann angesichts der zahlreichen und schwer zu bestimmenden Faktoren, aus

[1]) Von der vielbestrittenen cond. incerti, Lenel, Ed. Perp. § 57, will ich hier absehen. — [2]) Die Worte Windscheids § 424 I: „für die Freiheit des richterlichen Ermessens ist bei der cond. indebiti kein Bedürfnis und kein Spielraum", sind m. E. völlig unzutreffend für das von ihm gelehrte geltende Recht, zugleich aber sehr charakteristisch dafür, wie man in der Doktrin des gemeinen Rechtes geneigt war, am historischen Ursprung der Rechtsbegriffe trotz aller Veränderungen des Inhalts festzuhalten.

denen sich die Bereicherung ergibt, diesen Betrag nicht immer genau angeben. Dagegen konnte man vom Kläger genaue Bezeichnung der Summe bzw. der Sache verlangen, die er indebite hingegeben hatte, ebenso wie er bei der cond. aus Darlehen und Stipulation den genauen Betrag seiner Forderung angeben konnte und mußte.

Wenn nun die intentio bei der cond. indebiti auf den hingegebenen Gegenstand abgestellt war, so ergibt sich für die condemnatio aus der Struktur der beiden in Betracht kommenden Formeln, daß bei der cond. certae pecuniae die Verurteilung nicht anders als auf dieselbe Summe ergehen konnte, daß dagegen bei der cond. certae rei eine Umsetzung des Klagegegenstandes in Geld erfolgen mußte. In der aestimatio bei der cond. certae rei bot sich für den iudex eine Möglichkeit, von dem durch den Schuldgrund fest bestimmten Betrag der Forderung abzugehen, wenn die Umstände ein solches Abweichen zu rechtfertigen schienen.[1]) So ist bei der cond. certae rei die Zusprechung von Verzugszinsen aufgekommen[2]), so konnte, wenn die cond. nicht auf Vertrag beruhte, sondern ex aequo et bono gewährt wurde, um eine grundlose Vermögensverschiebung auszugleichen, die Lage der Umstände zugunsten des Klägers oder des Beklagten berücksichtigt werden.

Diese ganze Entwicklung hat die cond. certae pecuniae nicht mitmachen können, weil die condemnatio genau mit der intentio zusammenfiel, und dem iudex daher jede formelle Handhabe fehlte, um irgendwelche andere Tatsachen als den Empfang der Geldsumme zu berücksichtigen. Mitgewirkt hat vielleicht die Erwägung, daß das weitere Schicksal einer Geldsumme im Vermögen des Empfängers sich bei dem gewöhnlich bald eintretenden Vermischen oder Verbrauchen des Geldes schwer verfolgen läßt, so daß ein Wegfall der Bereicherung schwer zu beweisen ist. Daß auf der anderen Seite infolge derselben Strenge der Formelfassung der Empfänger des Geldes die Zinsen lukrierte[3]),

---

[1]) Pernice, Labeo II 267 N. 19. — [2]) c. 23 C. 4, 32: oleo quidem vel quibuscumque fructibus mutuo datis *incerti pretii ratio* additamenta usurarum eiusdem materiae suasit admitti. — [3]) c. 4 C. 4, 7; c. 1 C. 4, 5.

während bei der cond. certae rei die Früchte dem Beklagten angerechnet wurden, konnte in der antiquen Geldwirtschaft nicht so anstößig erscheinen, wie heute, wo die Verwertung einer Geldsumme leicht und gefahrlos erfolgen kann, und wurde dadurch ausgeglichen, daß der Empfänger die Gefahr des erhaltenen Geldes trug.

Daß die cond. indebiti, wenn ihr Gegenstand Geld war, auf Herausgabe nicht der Bereicherung, sondern der erhaltenen Summe ging, ist nicht unbestritten; Petrazycki[1]) gibt zwar unumwunden zu, daß die cond. certae pecuniae zur Verurteilung auf den erhaltenen Betrag führen mußte, meint aber, daß „in der ganzen Sache ein Irrtum sein muß", weil bei der Rückforderung von Schenkungen unter Ehegatten, die doch auch per condictionem erfolgte, Zinsen zur Frage kommen und das Schicksal des erhaltenen Geldes in den Händen des Beschenkten berücksichtigt wird: er beruft sich auf

> fr. 16 D. 24, 1: Tryphoninus. quid ergo, si ex centum, quae vir uxori donavit, quinquaginta apud debitorem ex his perierint et alia quinquaginta duplicata usuris uxor habet? non plus quinquaginta eius donationis nomine maritus ab ea consequetur.
>
> fr. 15 § 1 eod. si maritus uxori pecuniam donaverit eaque usuras ex donata pecunia perceperit, lucrabitur. haec ita Iulianus in marito libro octavo decimo digestorum scribit.

Es ist in der Tat auffallend, daß Julian die Erstattung von Zinsen in Betracht zieht, da doch bei der cond. certae pecuniae Zinsen prinzipiell ausgeschlossen waren. Ebenso scheint die Entscheidung Tryphonins in fr. 16, so sehr sie der Billigkeit entspricht, mit der Formel der condictio unvereinbar zu sein. Aber es ist nicht erwiesen, daß Julian an der zitierten Stelle von der cond. sprach; denn die Rückforderung der vom Mann geschenkten Gegenstände geschah zu Julians Zeiten gewiß in der Regel durch retentio propter res donatas gegenüber der a. rei uxoriae.[2]) Da aber diese Klage eine a. bonae fidei war, so konnte sehr wohl

[1]) Einkommen II 14 fg. — [2]) Vgl. Lenel, Paling. Iulian. 303.

zweifelhaft sein, ob nicht der Mann außer dem geschenkten Kapital auch die nachweislich gezogenen Zinsen abziehen dürfe. Immerhin ist uns bestimmt überliefert, daß die Rückforderung der Geschenke per cond. erfolgen konnte:

> fr. 5 § 18 D. 24, 1: in donationibus iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo ab eave cui donatum est, ut si quidem exstet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est.

Aber gerade aus den Schlußworten dieser Stelle scheint mir hervorzugehen, daß bei Schenkungen unter Ehegatten die cond. nicht in ihrer gewöhnlichen Gestalt gegeben wurde, sondern mit einem die condemnatio beschränkenden Zusatz: in id quo locupletior factus est.[1]) Diese Milderung der Haftung stammt vielleicht aus der Oratio Antonini, fr. 32 § 9 D. 24, 1[2]), entspricht jedenfalls der ratio dieses SC.[3])

Für die cond. indebiti ist von einem solchen beschränkenden Zusatz nirgends die Rede; dagegen läßt sich m. E. ein Beweis für die volle Haftung auf die erhaltene Geldsumme entnehmen aus

> fr. 66 D. 46, 3: Pomponius. si pupilli debitor iubente eo sine tutoris auctoritate pecuniam creditori eius numeravit . . . si autem debitor pupilli non fuerit, nec pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur, nec creditori, cum quo alterius iussu contraxit. sed pupillus in quantum locupletior factus est, utpote debito liberatus, utili actione tenebitur.

Gaius III 91 berichtet, es sei kontrovers gewesen, ob gegen einen Pupillen, der ohne tutoris autoritas ein indebitum erhalten hat, die cond. gegeben werden sollte: die Gegner der cond. konnten auf die Analogie des mutuum hinweisen; die andere Meinung, der sich Gaius anschloß, betonte mit Recht, daß die Verpflichtung, ein indebitum zurückzuzahlen, nicht aus einem Kontrakt entsteht. In

---

[1]) Ebenso Mayr, Condictio 243. — [2]) Vgl. Windscheid § 509 N. 26. — [3]) Auch die vindicatio wird bei Schenkungen unter Ehegatten für den Beklagten milder, als sonst, gestaltet; fr. 36 pr. D. 24, 1: quia causam possessionis donatio praestitit, nisi reddatur res, aestimatio facienda est iusto pretio.

unserer Stelle verweigert Pomponius die cond., will aber dafür eine a. utilis auf den Betrag der Bereicherung gewähren, also eine Formel mit einer Modifikation oder einem besonderen Zusatz. Mir scheint es evident, daß die utilitas der von Pomponius befürworteten Formel eben darin bestand, daß dem normalen Wortlaut der cond. die Worte in quantum locupletior factus est beigefügt wurden[1]), wodurch der Pupill gegen die mit der cond. certae pecuniae verbundene Gefahr eines damnum emergens geschützt wurde.[2])

Mit dem Verfall der Formularprozesse mußten die Eigentümlichkeiten der cond. certae pecuniae sich verwischen; der Bereicherungsgedanke, als die ratio, auf der die cond. indebiti bei jeglicher Art von Leistung beruhte, trat in den Vordergrund. So heißt es in dem zweifellos interpolierten[3]) fr. 5 pr. D. 12, 4:

> repetetur id quod datum est, nisi forte tua intersit non accepisse te ob hanc causam pecuniam. nam si ita se res habeat, ut, licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut necesse habeas proficisci, vel sumptus, qui necessarii fuerunt ad profectionem, iam fecisti, ut manifestum sit te plus forte quam accepisti erogasse, condictio cessabit; sed si minus erogatum sit condictio locum habebit, ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur eius quod expendisti.

An Stelle dieser gutgemeinten aber sehr unbeholfenen Erwägungen hätte ein klassischer Jurist nur die Frage untersucht, ob repetitio competit oder cessat.

Viel freier, als bei der cond., konnte sich der Gedanke der Bereicherung auf anderen Gebieten entwickeln, wo die Formel keine Schwierigkeiten bot: insbesondere bei der hereditatis petitio, in welcher das arbitrium iudicis herrschte; hier hatte das SC. Iuventianum die Bereicherung dem iudex als Richtschnur vorgeschrieben. Daher finden sich im tit. D. 5, 3 eingehende Untersuchungen über diesen Begriff. Als Minderung der Bereicherung wird aufgefaßt jeder irgendwie eintretende Wegfall eines zum Nachlaß gehörenden Gegen-

[1]) So schon Witte, Iherings J. 5 121; a. A. Mayr 332. — [2]) Ein solcher Zusatz ist auch in fr. 8 § 22 D. 2, 15 anzunehmen, wenn der Schlußsatz echt ist. — [3]) Gradenwitz, Interpolationen 155.

stands, fr. 25 § 11 sq. h. t.), ferner alle Verwendungen einschl. der impensae voluptuariae, fr. 38, 39 h. t., dagegen nicht eine Minderung des eigenen Vermögens des hered. possessor durch Ausgaben oder Schuldenmachen, wenn auch diese Minderung mit dem vermeintlichen Erbschaftserwerb in engem ökonomischen Zusammenhang stehen mochte, fr. 25 § 12, 13 h. t.[1])

So bietet uns das römische Recht hier, wie auf andren Gebieten, ein unfertiges, buntes Bild: der Rechtsgedanke der Bereicherung war den römischen Juristen geläufig, aber die Anwendung dieses Gedankens mußte im Rahmen der einzelnen Aktionen erfolgen, soweit die Beschaffenheit einer jeden Actio eine solche Modifizierung ihres Inhalts zuließ.

Die gemeinrechtliche Doktrin ist mehr oder minder unbewußt nivellierend über die Verschiedenheiten der römischen Klagearten hinweggegangen und hat aus den zerstreuten Bausteinen der römischen Juristen umfassende, systematisch gegliederte Begriffsgebäude errichtet. So ist die feingegliederte Lehre vom Schadensersatz entstanden und als Gegenstück dazu die Lehre von der Bereicherung. Beide Begriffe werden als eine Vermögensdifferenz gedacht, die sich aus dem Stand eines Vermögens vor und nach einem bestimmten Ereignis ergibt. Ist das Ereignis ein rechtswidrig zugefügter Nachteil, so ist die Differenz der Schaden, ist das Ereignis ein ohne Rechtsgrund erlangter Vorteil, so ist die Differenz die Bereicherung.

III.

Aus der Schatzkammer des gemeinen Rechts hat das BGB. den Begriff der Bereicherung übernommen und ausgiebig verwendet. Dabei wurde dieser Begriff als feststehend oder feststellbar vorausgesetzt und seine nähere Ausgestaltung der Theorie und Praxis überlassen. Ist nun der Begriff der

---

[1]) Si quis re sua lautius usus sit contemplatione delatae sibi hereditatis, Marcellus putat nihil eum ex hereditate deducturum, si eam non attigit. Simili modo et si mutuam pecuniam accepit, quasi dives se deceperit. Si tamen pignori res hereditarias dederit, videndum, an vel sic attingatur hereditas. quod est difficile, cum ipse sit obligatus.

Bereicherung so elastisch, daß bei der condictio indebiti dem oben S. 296 aufgestellten Postulat genügt wird, d. h. ist dem gutgläubigen Empfänger der Leistung dadurch, daß er nur bis zur Bereicherung haftet, jeder Nachteil erspart, oder bleibt es möglich, daß er durch die ihm obliegende Herausgabepflicht zu Schaden kommt?

Zur Beantwortung dieser Frage müssen wir, soweit als nötig, auf die positiven und negativen Posten eingehen, aus denen sich der Inhalt des Bereicherungsanspruchs zusammensetzt. Denn die herauszugebende Bereicherung ist zwar, wie oben S. 303 gesagt, begriffsmäßig als die Differenz des Vermögensstandes des Verpflichteten vor und nach der ungerechtfertigten Vermögensverschiebung aufzufassen, aber Gegenstand der Herausgabe ist nicht ohne weiteres der in Geld berechnete Betrag dieser Differenz, sondern das Gesetz geht hier, wie beim Schadensersatz, § 249, vom Prinzip der Naturalrestitution aus: es soll nach Möglichkeit der sine causa veränderte Rechtszustand so wiederhergestellt werden, wie er früher war.[1])

a) Herauszugeben ist in erster Linie das „Geleistete", § 813/4, bez. das „Erlangte", § 816: sine causa erworbenes Eigentum wird dem Kläger zurückgegeben, dingliche Rechte, die s. c. begründet sind, werden aufgehoben, Forderung zurückübertragen usw. . . . Nur wenn die Herausgabe unmöglich war oder geworden ist, tritt an ihre Stelle Ersatz des Wertes, § 818 II;

b) herauszugeben sind ferner die gezogenen Nutzungen und was, ohne zu den Nutzungen zu gehören, auf Grund eines erlangten Rechts erworben ist z. B. durch Einziehung einer sine causa erlangten Forderung[2]);

c) was der Bereicherte als Ersatz für Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstands erwirbt.

Diesen Aktivposten, aus denen sich der Höchstbetrag des Herauszugebenden ergibt, können Passivposten gegen-

[1]) Stieve, Gegenstand des Bereicherungsanspruchs 47. — [2]) Dagegen nicht das Äquivalent, welches der Bereicherte durch Veräußerung des ursprünglichen Gegenstandes erwirbt, vgl. Oertmann § 818, 2 c.

überstehen; denn „die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist“, § 818 III.

Das ist zweifellos der Fall, wenn einer der unter a—c aufgezählten Gegenstände beim Empfänger nicht mehr vorhanden ist, ohne daß sich ein entsprechender Wert in seinem Vermögen vorfindet, z. B. der Gegenstand ist, mit oder ohne Schuld des Empfängers, untergegangen oder von ihm verbraucht worden, ohne daß er dadurch eine Ausgabe aus eigenen Mitteln erspart hat; der Empfänger braucht weder die Sache herauszugeben, weil er sie nicht mehr hat, noch nach § 818 II ihren Wert, weil er um ihn nicht bereichert ist.

Dadurch, daß der Empfänger der Leistung nur so weit haftet, als der erhaltene Gegenstand oder dessen Wert sich in seinem Vermögen befindet, ist der Bereicherungsanspruch mehr als die sonstigen Ansprüche des Obligationenrechts von Veränderungen in den ökonomischen Verhältnissen des Verpflichteten abhängig. Diese Schwäche des Bereicherungsanspruchs dauert bis zur Rechtshängigkeit, § 818 IV, bez. bis zum Eintritt des bösen Glaubens, § 819 I. Was in einem dieser Momente vorhanden ist, ist das definitive Restituendem u. zw. haftet der Bereicherte von jetzt an „nach allgemeinen Grundsätzen d. h. nach § 291/2: besteht die Bereicherung in Geld, so ist seine Schuld eine verzinsliche Summenschuld, die durch äußere Ereignisse nicht beeinflußt wird; bei anderen Gegenständen wird der Bereicherte nur durch unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung frei.

Weniger einfach gestaltet sich die Frage nach der Minderung der Bereicherung, wenn es sich nicht um Wegfall eines herauszugebenden Gegenstands handelt, sondern darum, daß das sonstige Vermögen des Bereicherten einen Verlust erlitten hat, der im Zusammenhang mit der Tatsache der Bereicherung steht. Daß solche Abzugsposten in Betracht kommen, ergibt sich aus der Auffassung der Bereicherung als einer Vermögensdifferenz und ist im Prinzip unbestritten, ebenso wie beim Begriff des Schadens, dem Gegenstück der Bereicherung, eine Berücksichtigung der mit dem Nachteil zusammenhängenden Vorteile stattfindet.

Aber wie bei der comp. lucri cum damno besteht auch hier Streit oder Unsicherheit darüber, wieweit man nachteilige Nebenwirkungen der Bereicherung auf das Vermögen des Bereicherten bei der Bemessung der Herausgabepflicht in Rechnung setzen dürfe.

Das mindeste, was man hier, wie in der analogen Lehre der comp. damni cum lucro, verlangen muß, ist Kausalzusammenhang zwischen dem auzurechnenden Nachteil und der Bereicherung: der Nachteil muß infolge der Bereicherung oder durch denselben Umstand eingetreten sein, der die Bereicherung herbeigeführt hat.

Die in Betracht kommenden Fälle sind zahlreich und verschieden:

1. unbestritten ist der Abzug der Verwendungen auf die herauszugebenden Gegenstände. Die notwendigen und nützlichen Verwendungen sind dem Bereicherungskläger unmittelbar zugute gekommen: er würde mehr bekommen, als sich aus seinem Vermögen beim Beklagten vorfindet, wenn ihm diese Verwendungen nicht angerechnet würden. Daß der Bereicherte auch die sonstigen Verwendungen, imp. voluptuariae, abziehen dürfe, wird damit gerechtfertigt, daß es Ausgaben sind, die er ohne den Erwerb der herauszugebenden Gegenstände nicht gemacht hätte.

2. ferner wird allgemein ein Abzug gestattet wegen vergrößerten Aufwandes aus eigenen Mitteln, zu welchem der Bereicherte durch die ihm zugeflossene Bereicherung veranlaßt wurde.[1]) In der Tat ist es oft reiner Zufall, ob der Bereicherte diesen Aufwand aus den hinzuerworbenen Werten bestreitet, oder seinem bisherigen Vermögen entnimmt, ob er z. B. die sine causa erhaltene goldene Uhr verschenkt, oder sie behält und statt ihrer seine silberne Uhr weggibt.

3. um so größer ist die Unsicherheit in bezug auf die mit dem Erwerb zusammenhängenden Ausgaben.[2]) Prima facie scheint es selbstverständlich, daß, wenn X eine Sache im Werte von a erwirbt und seine Ausgaben dabei den Betrag b erreichen, die Bereicherung des X in der Differenz

[1]) Dernburg, Pand. II § 141 N. 28; Seuff. A. 59 Nr. 24; Planck § 818, 2 d; v. Mayr, Bereicherung 620. — [2]) Stieve 89; v. Mayr 623 n. 3.

a—b besteht. Jedoch ist genau zu beachten, ob die Ausgabe wirklich mit dem Erwerb der Bereicherung im Kausalzusammenhang steht. Das trifft zu, wenn mit dem Erwerb Unkosten im engeren Sinne des Worts verbunden sind, z. B. Fracht, Zoll, Oktroi für die sine causa erhaltenen Gegenstände. Dagegen fehlt es m. E. am Kausalzusammenhang bei der Gegenleistung, welche der Bereicherte für den erworbenen Gegenstand macht.

Die Gegenleistung ist jedenfalls dann nicht als Minderung der Bereicherung aufzufassen, wenn der erworbene Gegenstand zunächst nur in den Besitz, nicht ins Eigentum des Bereicherten gekommen ist, so daß erst durch Veräußerung, § 816 I, oder Verbrauch der Sache eine Bereicherung um deren Wert eingetreten ist. Entgegengesetzter Ansicht ist das Reichsgericht [1]), indem es dem Beklagten, der eine Sache von einem Geisteskranken erworben und veräußert hat, gestattet, von dem nach § 816 herauszugebenden Erlös das abzuziehen, was er dem Geisteskranken als Entgelt für die Sache gegeben hatte. Gegen die Richtigkeit dieser Entscheidung scheint mir immer noch das zu sprechen, was schon von Windscheid [2]) angeführt wurde: die Sache war durch die Veräußerung seitens des Geisteskranken nicht in das Eigentum des Beklagten gelangt: er hätte durch vindicatio gezwungen werden können, die Sache herauszugeben, und hätte dabei den Kaufpreis (soweit er nicht dem Vermögen des Kranken zugute gekommen ist) nicht zurückverlangen können. Der Beklagte war also schon dadurch, daß er mit dem Geisteskranken kontrahierte, zu Verlust gekommen, trotz seiner bona fides; denn das Gesetz geht im Schutz der Geschäftsunfähigen prinzipiell so weit, daß es lieber den gutgläubigen Mitkontrahenten als den Geschäftsunfähigen mit dem bei solchen Vorgängen unvermeidlichen Verlust belastet. Nunmehr hat der Beklagte die bis jetzt in seinem Besitz befindliche fremde Sache veräußert und ist dadurch erst reicher geworden. Den Erlös der Sache muß er nach § 816 herausgeben, wie er vor der Veräußerung die Sache selbst

[1]) 32 S. 319; 60 S. 284. Vgl. Bolze im Arch. Ziv. Pr. 76, 233 und 82, 1; Freund, Eingriff in fremde Rechte 58; Stieve 93. — [2]) § 422 N. 10.

hätte restituieren müssen. Den schon beim Ankauf der Sache erlittenen Schaden muß er m. E. nach wie vor tragen. Allerdings besteht, wie das Reichsgericht[1]) ausführt, zwischen der Zahlung des Kaufpreises an den Geisteskranken und der nachherigen Bereicherung durch den Verkauf ein Kausalzusammenhang, aber nicht in dem Sinne, daß die Anrechnung des Schadens als Minderung der Bereicherung zulässig wäre: denn zur Anrechnung eignet sich doch nur ein Schade, der sich als Nebenwirkung der bereichernden Tatsache darstellt. Was aber *vor* der Bereicherung eingetreten ist, kann nicht als deren Nebenwirkung gelten. Dagegen besteht natürlich ein Kausalzusammenhang in umgekehrter Richtung: wenn es sich um Berechnung des Schadens handelte, den der Käufer dadurch erlitten hat, daß er sich mit einem Geisteskranken einließ, würde ein Gewinn aus Weiterveräußerung der Sache als günstige Weiterwirkung des ganzen Geschäfts vom Betrag des Schadens in Abzug kommen.

Etwas anders scheint der Fall zu liegen, wenn die Bereicherung von vornherein im grundlosen Erwerb des Eigentums besteht, z. B. A kauft eine Sache von B und bezahlt sie; nachher stellt sich der Kaufvertrag als ungültig heraus oder wird angefochten. Kann A, wenn er auf Rückgabe der Sache belangt wird, den gezahlten Kaufpreis als Minderung seiner Bereicherung anrechnen, und umgekehrt: besteht die Bereicherung des Verkäufers B in dem erhaltenen Kaufpreis oder in der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Wert der weggebenen Sache? Das Reichsgericht[2]) bezeichnet auch hier als den Inhalt der condictio: „die Gesamtheit des Hinübergelangten unter gleichzeitiger Berücksichtigung der dafür gegebenen Werte." Allein auch hier dürfte eine genauere Analyse des Tatbestands zu einer anderen Auffassung des rechtlichen Vorgangs führen: wenn der Kaufvertrag nichtig war oder durch Anfechtung wird, so haben die Parteien zunächst keinerlei Forderungen erworben. Eine grundlose Vermögensverschiebung entsteht erst durch die Leistung: der Käufer ist bereichert erst in

[1]) 60 S. 293. — [2]) 54 S. 141.

dem Moment, in dem ihm das Eigentum zugewendet wird; daß er aber durch Zahlung des Kaufpreises sein Vermögen vermindert, ist juristisch eine Folge nicht des Eigentumserwerbs an der Kaufsache, sondern des vorausgehenden Umstands, daß er eine Verpflichtung übernommen hat oder übernommen zu haben glaubt; die Zahlung des Kaufpreises erfolgt causa solvendi, nicht causa acquirendi. Darum ist die Gegenleistung des Käufers keine Minderung der in dem erhaltenen Kaufgegenstand bestehenden Bereicherung. Vielmehr entsteht aus der Erfüllung eines ungültigen zweiseitigen Vertrags für jeden Kontrahenten eine Rückforderung der von ihm vorgenommenen Leistung: zwischen beiden Ansprüchen besteht Retention bezw. Aufrechnung.[1]) Der Unterschied dieser Auffassung von der des Reichsgerichts kommt praktisch zur Geltung, wenn die Leistung des einen Kontrahenten, z. B. des Verkäufers, beim anderen Teil durch Zufall untergeht. Wenn, wie in dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall, der Käufer wegen arglistiger Täuschung den Kaufvertrag anficht und den Kaufpreis zurückverlangt, so könnte nach dem vom Reichsgericht aufgestellten Prinzip der Verkäufer den Wert der von ihm gegebenen und mittlerweilen untergegangenen Sache als Minderung seiner Bereicherung vom Kaufpreis abziehen, während es mir richtiger scheint, daß der Verkäufer den ganzen Kaufpreis, soweit er ihn noch hat, zurückgibt und von der Kaufsache nur das zurückbekommt, was sich beim Käufer noch vorfindet.

4. Überwiegend, aber nicht ohne Widerspruch wird als Minderung der Bereicherung aufgefaßt eine Schädigung, die der Bereicherte infolge der Beschaffenheit des erlangten Gegenstandes erleidet[2]), z. B. die sine causa erhaltenen Vorräte sind schadhaft und bewirken den Verderb der eigenen Vorräte, ein indebite gegebener Hund zerreißt die Teppiche des vermeintlichen Gläubigers usw. Oertmann[3]) will den grundlosen Erwerb der schädigenden Sache nicht

---

[1]) Teilurteil auf die Rückforderung des einen Kontrahenten ist unzulässig, wie das RG. a. a. O. S. 141 ausspricht; aber das ergibt sich auch bei der hier vertretenen Auffassung aus ZPO. § 301/2. — [2]) Planck § 818, 2 d; Staudinger § 818, 5; Crome § 323 N. 52; Stieve 86. — [3]) § 818, 3 a.

als Ursache, sondern als Bedingung des Schadens auffassen, aber warum soll hier der Kausalzusammenhang in Abrede gestellt werden, da ihn doch das Gesetz in den §§ 524. 600. 694 bei Schädigungen dieser Art voraussetzt?

5. Eine mit der Bereicherung zusammenhängende Schädigung kann darin bestehen, daß ein dem Bereicherten zustehendes Recht durch den Erwerb der Bereicherung verloren geht oder entwertet wird. Es handelt sich um den Fall, daß eine Schuld des D von einem Dritten X, der sich fälschlicherweise für den Schuldner hält, in eigenem Namen bezahlt wird. Der Gläubiger ist prima facie auf Kosten des X bereichert, da er von ihm die Leistung nicht zu beanspruchen hatte; aber seine Bereicherung wäre durch einen gleich großen Verlust aufgewogen, wenn seine Forderung gegen D durch die Zahlung des X aufgehoben wäre. Das ist aber in der Regel nicht der Fall, und deswegen wird dem X die cond. indebiti gegen den Gläubiger zugestanden.[1]) Ähnlich verhält es sich in dem vielbesprochenen Fall[2]), daß der Gläubiger des D eine Sache des X pfändet und sich aus dem Erlös befriedigt. Er wäre nicht bereichert, wenn der Erlös der gepfändeten Sache des Dritten auf seine Forderung gegen D anzurechnen wäre; aber die Worte der ZPO. § 819 „die Empfangnahme des Erlöses gilt als Zahlung von seiten des Schuldners" sind richtiger Ansicht nach nur auf den Fall zu beziehen, daß die gepfändete Sache dem Vermögen des Schuldners angehörte; darum kann X, aus dessen Vermögen der Gläubiger unbefugterweise Befriedigung gesucht hat, die Herausgabe des Erlöses nach BGB. § 816 verlangen, so gut er eine ihm vom Gerichtsvollzieher weggenommene und nach ZPO. § 815 dem Gläubiger abgelieferte Geldsumme vindizieren kann, wenn sie sich noch erkennbar beim Gläubiger vorfindet.

Ausnahmsweise kann aber doch der Gläubiger durch die grundlose Leistung eines Dritten seine Forderung gegen den wahren Schuldner verlieren. So z. B., wenn ein Wechsel von X, der sich irrtümlicherweise für den Akzeptanten hält, eingelöst wird: der Gläubiger verliert durch Unterlassung

[1]) RG. 44 S. 144; Planck § 813, 2 b; Oertmann § 814, 1 c. — [2]) Oertmann § 816, 1 a.

des Protestes den Regreß. In einem solchen Fall hat das ROHG.[1]) dem Zahlenden die cond. indebiti verweigert. Auch kann infolge der Zahlung eines Dritten die Forderung gegen den wahren Schuldner verjähren; eine verjährte Forderung ist aber bei Abschätzung der Bereicherung und der damit verbundenen Schädigungen einer erloschenen Forderung gleichzuachten. Endlich kann es vorkommen, daß der Gläubiger in der Überzeugung, für seine Forderung befriedigt zu sein, ein Pfand an den Verpfänder oder Eigentümer zurückgibt oder eine Hypothek löschen läßt.[2])

Noch häufiger als ein Verlust der Forderung oder eines Nebenrechtes findet infolge der Zahlung durch einen Dritten eine Entwertung der Forderung statt; der Gläubiger unterläßt das rechtzeitige Vorgehen gegen den Schuldner, der Schuldner gerät in Vermögensverfall oder wird unauffindbar. Infolgedessen steht der Gläubiger jetzt schlechter, als wenn er die Leistung von X nicht erhalten hätte. Die römischen Juristen scheinen auf solche Nebenwirkungen der grundlosen Zahlung nicht geachtet zu haben: sie geben dem X, der die fremde Schuld sine causa zahlt, ohne weiteres die cond. indebiti.[3]) Das entspricht der oben dargestellten strikten Natur der cond. certae pecuniae. Dagegen müssen für unser Recht solche Schädigungen auf einer Linie mit anderen Fällen stehen, in denen der Gläubiger infolge der ihm zukommenden Leistung einen Verlust erleidet. Wenn solche Verluste überhaupt als Minderung der Bereicherung betrachtet werden, so müßte das auch hier geschehen. Eine Berücksichtigung des durch Entwertung der Forderung entstandenen Schadens würde dazu führen, daß dem X die Rückforderung der gezahlten Summe verweigert wird und er sich mit der Zession des dem Gläubiger verbliebenen Anspruchs gegen den Schuldner begnügen muß.

---

[1]) Entsch. 17, 1, mitgeteilt in Seuff. A. 33 Nr. 32 (bei Staub WO. Art. 76 § 6 wird als Inhalt der Entscheidung unrichtigerweise die Zulässigkeit der cond. angegeben). Gegen diese Entscheidung polemisiert Meißner, Kommentar zu § 812, unter Zustimmung von Oertmann, § 814, 1 c. — [2]) Code Civil art. 1377 verweigert die cond., wenn der Gläubiger die Schuldurkunde vernichtet hat. — [3]) Fr. 65 § 9 D. 12, 6; Windscheid § 426 N. 10.

6. Endlich kommen in Betracht Verluste des Bereicherten, die durch die Herausgabe der Bereicherung entstehen oder bei dieser Gelegenheit hervortreten.

Dazu gehören vor allem die Kosten der Herausgabe. Welche der beiden Parteien hat sie zu tragen? Aus der Natur des Schuldverhältnisses, § 269, läßt sich entnehmen, daß die Herausgabe da zu erfolgen hat, wo sich der Gegenstand im Moment der Rechtshängigkeit oder der mala fides superv. befindet: an diesem Ort hat der Kläger die Sache auf seine Kosten abzuholen. Geld muß wohl der Bereicherte, wie jeder andere Schuldner, dem Gläubiger an dessen Wohnsitz übermitteln. Aber soll er das auf seine Gefahr und Kosten tun müssen? Dafür spricht, daß er nach § 818 IV und 819 vom Eintritt der mala fides nach den allgemeinen Vorschriften haftet; wenn er sich aber zur Herausgabe der Bereicherung entschließt, so tut er das, weil er sich von dem Mangel des rechtlichen Grunds überzeugt hat, ist also in mala fide. Gegen die Belastung des Bereicherungsschuldners mit Gefahr und Kosten der Geldsendung spricht, daß ihm dadurch mehr entzogen wird, als er seinerzeit erhalten hat, so daß er im letzten Resultat ärmer wird, was dem Grundgedanken der Bereicherungslehre zu widersprechen scheint. Und wie soll man es mit sonstigen Kosten der Herausgabe halten? Z. B. Räumung des herauszugebenden Hauses oder Grundstücks?

Außer den Kosten kann durch die Herausgabe ein Schaden entstehen, z. B. dadurch, daß der Bereicherte sich einem Dritten zur Veräußerung des Gegenstandes verpflichtet hatte und nunmehr in eine Pflichtkollision gerät: gibt er den Gegenstand an den Bereicherungskläger heraus, so muß er dem Dritten gegenüber sein Unvermögen nach allgemeinen Grundsätzen vertreten, hat Schadensersatz zu leisten, event. eine Vertragsstrafe zu zahlen. Ferner ist zu denken an Störungen im Geschäftsbetrieb, verursacht durch die Herausgabe eines Gegenstandes, den der Bereicherte für die Dauer erworben zu haben glaubte. Endlich kann es vorkommen, daß der Bereicherte mit Rücksicht auf seinen vermeintlich definitiven Erwerb es unterlassen hat, sich anderweitig mit Vorräten zu versehen, und nunmehr

in große Verlegenheit kommt. Ein solcher Fall ist mir aus der Schweizer Praxis bekannt geworden: ein Bauer kaufte im Frühsommer 1893 seinen Bedarf an Heu. Der Vertrag erwies sich später als ungültig, der Verkäufer verlangte die Herausgabe des noch in natura vorhandenen Heuvorrats. Mittlerweilen waren durch die abnorme Trockenheit des Sommers die Heupreise zu ungewöhnlicher Höhe gestiegen. Für den Beklagten bedeutete die Herausgabe des Heues, obgleich es in seiner Scheune lag, einen großen Schaden: denn er mußte jetzt für den nötigen Vorrat einen weit höheren Preis zahlen, als er gezahlt hätte, wenn die grundlose Leistung an ihn nicht erfolgt wäre.

Will man den bona fide Bereicherten vor allem Schaden bewahren, so müßten auch solche Fälle berücksichtigt werden.[1]) Ob die Praxis so weit zu gehen bereit ist, scheint mir zweifelhaft. Ebenso, ob ein so umfassender Schutz des Bereicherungsschuldners in allen Fällen wünschenswert ist und mit sonstigen Bestimmungen unseres Gesetzes harmoniert.

Überblicken wir die unter 1—6 aufgezählten Passivposten, welche bei der Bemessung der herauszugebenden Bereicherung in Betracht kommen können, so ergibt sich, daß die impensae necessariae und utiles allen anderen Posten gegenüber eine Sonderstellung einnehmen: sie müssen vom Restituendum abgezogen werden, nicht nur weil der Bereicherungsschuldner sein Vermögen um diese Ausgaben vermindert hat, sondern vor allem deshalb, weil er den Wert der herauszugebenden Gegenstände um diesen Wert erhöht bez. dem Bereicherungskläger Ausgaben erspart hat, welche dieser hätte machen müssen. Wäre der Abzug nicht gestattet, so würde der Kläger durch die Herausgabe der Gegenstände eine Bereicherung auf Kosten des Beklagten erhalten.[2]) Für die imp. voluptuariae und alle übrigen Passivposten der Bereicherung gilt diese Erwägung nicht; wenn der Abzug erlaubt wird, so geschieht es nur deshalb,

---

[1]) Kipp, Zus. 4 zu Windscheid § 255, erwähnt solche Fälle der Schädigung und sieht darin eine Minderung der Bereicherung. — [2]) Man kann mit Paulus, fr. 38 D. 5, 3 sagen: non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere.

um den Bereicherungsschuldner vor einem Schaden zu bewahren.

Für alle diese Fälle sind zwei Auffassungen möglich: man kann, und das scheint der Standpunkt der herrschenden Meinung zu sein, jede Vermögensverminderung, die anläßlich eines grundlosen Erwerbs eintritt, als eine Minderung der Bereicherung betrachten; oder man nimmt an, daß die Bereicherung in solchen Fällen darin besteht, was von den erlangten Gegenständen oder deren Wert noch vorhanden ist, und daß neben der Bereicherung ein durch denselben Umstand hervorgerufener Schaden im Vermögen des Bereicherten vorliegt, ein Schaden, den der Bereicherte dadurch erleidet, daß er auf die Unwiderruflichkeit seines Erwerbs vertraut, also ein Fall des negativen Interesses, analog dem negativen Interesse dessen, der auf die Gültigkeit einer an ihn gerichteten Erklärung vertraut, § 122.

Beide Auffassungen führen zum gleichen Resultat, wenn dem Bereicherungsschuldner ein Gegenanspruch auf Ersatz seines negativen Interesses zusteht. Wenn z. B. der Verkäufer den seinerseits erfüllten Vertrag wegen Irrtums anficht und die Kaufsache kondiziert, so kann der Käufer bei der Herausgabe der Sache oder dessen, was er von ihr noch hat, jedenfalls allen Nachteil anrechnen, den er durch den ganzen Vorgang, Erwerb und nachherige Zurückgabe des erworbenen Gegenstands, erlitten hat, sei es nun, daß man diese Nachteile als Minderung seiner Bereicherung bezeichnet, oder als negatives Interesse, das ihm nach § 122 zu ersetzen ist.[1]) Ebenso kann der Käufer, wenn er den Vertrag wegen arglistiger Täuschung anficht und infolgedessen die Kaufsache zurückgeben muß, jeglichen Nachteil, den er dabei erleidet, auf den Verkäufer abwälzen, entweder als Minderung seiner Bereicherung, oder als Schaden, für den ihm der Verkäufer aus Delikt, § 826, haftet, soweit die Folgen des Betrugs nicht schon durch die Anfechtung aufgehoben werden. Aber nicht immer ist die Subsumtion des mit der Bereicherung zusammenhängenden Schadens ohne praktische Bedeutung; denn bisweilen haftet für das negative Interesse nicht der Bereicherungskläger, sondern

[1]) Vgl. Kipp, Zus. III zu Windscheid § 77.

ein Dritter: wenn z. B. X eine Sache des A in dessen Namen aber ohne Vollmacht an B verkauft und tradiert, und A nach verweigerter Genehmigung vindiziert bez. wenn die Sache von B verbraucht ist, die Bereicherung von B herausverlangt, so kann B den durch diesen Vorgang verursachten Nachteil dem A anrechnen, wenn man darin eine Minderung der Bereicherung sieht; wenn aber nicht, so muß er sich wegen seines negativen Interesses nach § 179 an den falsus procurator halten.

Noch wichtiger für den Bereicherungsschuldner ist die Unterscheidung zwischen Minderung der Bereicherung und Schaden aus Anlaß des grundlosen Erwerbes in den zahlreichen Fällen, in denen ihm ein Gegenanspruch wegen seines negativen Interesses nicht zusteht. Kann man ihm die nachteiligen Wirkungen der Bereicherung dadurch abnehmen, daß man sie als Wegfall der Bereicherung charakterisiert? Die kurzen Worte des § 818: „Die Verpflichtung zur Herausgabe ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist", lassen mit Recht der Auslegung einen weiten Spielraum, innerhalb dessen, wie oben dargelegt, eine engere oder weitere Berücksichtigung solcher Schädigungen Platz findet. Die Tendenz der herrschenden Lehre ist unverkennbar zugunsten des Bereicherungsschuldners und läßt sich in den Worten zusammenfassen: der gutgläubige Empfänger soll durch die Herausgabe keinen Schaden leiden.[1]) Er wird also weit milder behandelt, als der b. f. possessor einer fremden Sache, welcher in ganz gleicher Weise durch seinen Besitz zu Ausgaben ex proprio veranlaßt und durch die an ihn herantretende Herausgabepflicht in seinem Vermögen geschädigt werden kann; oder als ein Schuldner aus einem sonstigen Schuldverhältnis, welcher ebenfalls, wenn er sich in entschuldbarer Unkenntnis seiner Verpflichtung befand, durch die unvermutete Notwendigkeit der Erfüllung unverschuldeten Schaden leidet, der ihm aber nicht abgenommen wird.

Forschen wir nach den Gründen, aus denen eine so weitgehende Begünstigung des Bereicherungsschuldners als billig und recht empfunden wird, so scheint es mir zweifellos,

[1]) Endemann I § 198 N. 61.

daß den Vertretern dieser Auffassung der Fall der cond. indebiti, als der nächstliegende Fall einer Bereicherungsklage, vorschwebt. Hier ist allerdings aus den oben S. 296 angeführten Erwägungen das Postulat aufzustellen, daß der Leistende, welcher eine vermeintliche Schuld erfüllen wollte und nach Erkenntnis seines Irrtums die Leistung zurückverlangt, den Empfänger der Leistung ebenso schadlos halten muß, wie ein Kontrahent, welcher den Vertrag wegen Irrtums anficht und seine Leistung zurückverlangt. Handelt es sich doch in beiden Fällen um eine Perturbation im Verkehrsleben, welche der jetzige Kläger durch seinen Irrtum angerichtet hat, und deren schädliche Folgen ihm zur Last fallen müssen. Daß der aus Irrtum geschlossene Vertrag durch Anfechtung, die Zahlung einer vermeintlichen Schuld aber durch einen Bereicherungsanspruch rückgängig gemacht wird, ist doch nur ein rechtstechnischer Unterschied, den unser Gesetz aufstellt, nicht weil die Rechtslage zwischen dem Irrenden und seinem Gegner eine wesentlich verschiedene wäre, sondern nur, um die durchgreifende Wirkung der Anfechtung, namentlich gegenüber Dritten (Vindikation, Aussonderung) auf *die* Fälle des Irrtums zu beschränken, in denen ein besonders intensiver Schutz des Irrenden unentbehrlich scheint.

Betrachten wir im Gegensatz zu der cond. indebiti einen Bereicherungsanspruch aus anderem Grunde, z. B. den Fall des § 816: X hat eine Sache des A veräußert oder eine Forderung des A eingezogen; er muß das „Erlangte" herausgeben, natürlich nur soweit er noch bereichert ist; denn § 818 gilt für alle Fälle des Bereicherungsanspruchs [1]), wenn der Erlös der Sache oder der eingezogenen Forderung ersatzlos aus dem Vermögen des X fortgefallen ist, hat er um soviel weniger herauszugeben, ebenso wenn er notwendige oder nützliche Verwendungen gemacht hat.[2]) Aber soll er dem A weitere Abzüge machen dürfen, wenn ihn der grundlose Erwerb veranlaßt hat, größere Ausgaben aus seinem eigenen

[1]) Planck, Oertmann, Staudinger zu § 816. — [2]) Hätte X die Sache nicht veräußert, sondern ersatzlos eingebüßt, oder notwendige und nützliche Verwendungen auf sie gemacht, so würde er, mit der Vindicatio belangt, um so viel weniger herauszugeben haben.

Vermögen zu machen oder sich auf neue Unternehmungen einzulassen und zu diesem Zweck Verbindlichkeiten einzugehen? Ist es der Sachlage nicht angemessener, zu sagen: die Bereicherung des X besteht aus den Sachen oder Werten, die er aus dem Vermögen des A erhalten hat und noch hat; daneben hat er, im Glauben an die Dauerhaftigkeit seines Erwerbs, Maßregeln ergriffen, die sich jetzt als nachteilig erweisen; er hat, um mit den Worten des römischen Juristen zu sprechen, quasi dives se decepit (fr. 25 § 13 D. 5, 3). Warum soll er einen solchen Schaden, wie er jeden treffen kann, der seine Vermögensverhältnisse überschätzt, auf den A abwälzen dürfen, in dessen Rechtskreis er widerrechtlich, wenn auch schuldlos, eingegriffen hat? Man denke ferner an den oben S. 310 erwähnten Fall der Pfändung: wenn C bei seinem Schuldner die Sache des X pfändet, so muß er sie auf die Widerspruchsklage des X herausgeben. Möglich, daß C im Vertrauen auf die Pfändung andere Maßregeln gegen seinen Schuldner unterlassen hat und jetzt, bei fortgeschrittenem Vermögensverfall des Schuldners, nicht nachholen kann. Trotzdem muß er die zu Unrecht gepfändete Sache an X herausgeben. Warum sollte es anders sein, wenn C die Sache bereits versteigert hat? Muß man nicht immer noch sagen, daß er sich den Schaden selbst zuzuschreiben hat, weil er seine Befriedigung aus einer Sache suchte, die ihm nicht haftete?

Wenn man in den Fällen des § 816 weniger geneigt ist, dem Bereicherungsschuldner zu helfen, so als bei der cond. indebiti, so erklärt sich das aus der Verschiedenheit der Gründe, aus denen die Vermögensverschiebung hervorgeht: einerseits, im § 816, ungerechtfertigtes *Nehmen* durch den Bereicherten, andrerseits, bei der cond. indebiti, grundloses *Geben* seitens des Ärmerwerdenden. Dieser Unterschied kam in der 2. Kommission zur Sprache, doch wurde von einer differenzierenden Behandlung beider Fälle abgesehen. „Eben deshalb“, sagen die Prot. Bd. II S. 707, „weil die Vermögensverschiebung (im Fall des § 816) auf gesetzlicher Vorschrift beruht, rechtfertigt es sich auch hier, den Empfänger, welcher sich auf diese Vorschrift verläßt, nicht über die Bereicherung hinaus haften zu lassen.“ Die

Unrichtigkeit dieser Begründung ist evident: die Vermögensverschiebung, welche durch den Anspruch des § 816 ausgeglichen wird, beruht auf den gesetzlichen Vorschriften, durch welche der gute Glaube des Erwerbers oder des zahlenden Schuldners geschützt wird, §§ 892, 932, 407 usw. *Diese* Personen sollen sich auf diese Vorschriften verlassen dürfen, nicht dagegen, wer über die fremde Sache oder Forderung verfügt; handelt der Verfügende im Vertrauen auf diese Vorschriften und nicht in der Überzeugung von seinem Verfügungsrecht, so wird er meist als bösgläubig gelten und nicht bloß auf die Bereicherung nach § 816 haften.

Da nun das Gesetz für alle Fälle der Bereicherung, ohne Unterschied des Entstehungsgrundes, nur den einen Maßstab des § 818 aufstellt, so ergibt sich für die Anrechnung des mit dem grundlosen Erwerb verbundenen Schadens ein Dilemma: sieht man in diesem Schaden einen Wegfall der Bereicherung, so ist die Entscheidung den Verhältnissen angemessen bei der cond. indebiti, dafür aber m. Er. zu milde gegenüber dem Schuldner aus § 816; schließt man dagegen den Schaden bei der Berechnung der Bereicherung aus, so ist die Entscheidung zutreffend für § 816, aber unbillig gegenüber dem Empfänger einer Nichtschuld — wenn es keinen anderen Weg gibt, um ihm den Schaden abzunehmen.

Ein solcher Weg ist aber m. Er. in der analogen Anwendung des § 122 gegeben. Daß der vom Gesetz zu entscheidende Interessenkonflikt beim Anfechtungsirrtum und bei der cond. indebiti wesentlich gleich geartet ist, wurde schon oben S. 296 hervorgehoben: in beiden Fällen hat sich der Gesetzgeber entschlossen, dem Irrenden bei jeglichem auch einem unentschuldbaren Irrtum zu helfen, was nur durch einen Eingriff in die Rechte und Interessen des Gegners geschehen kann. Die Lehre vom Anfechtungsirrtum war angesichts des verworrenen Zustands der bisherigen Doktrin von Grund aus neu zu gestalten; dabei konnte die Frage, wer den Schaden der Anfechtung zu tragen hat, der Aufmerksamkeit des Gesetzgebers nicht entgehen und wurde schließlich so gelöst, wie es der Sachlage am besten entspricht: wer den Irrtum begangen hat

und sich auf ihn beruft, um den Rechtszustand zu ändern, muß den dabei hervortretenden Schaden ersetzen. Anders verlief die Entstehungsgeschichte der cond. indebiti unseres Gesetzes: hier stand der Gesetzgeber einer ziemlich gleichmäßigen und gefestigten Rechtslehre gegenüber und begnügte sich damit, die als unbillig empfundene Schranke der Entschuldbarkeit des Irrtums aufzuheben. Daß der Empfänger der Leistung zu Schaden kommen kann, blieb unbeachtet, weil eine solche Schädigung prima facie als durch den Bereicherungsmaßstab ausgeschlossen erscheint. Hätte man bemerkt, daß der durch Erwerb und Herausgabe der Bereicherung entstehende Schaden ein Anwendungsfall des negativen Interesses ist, so hätte man den Grundgedanken des § 122 auch hier ausgesprochen. Dies nachzuholen und demgemäß dem Beklagten bei der cond. indebiti und ähnlichen Fällen die Anrechnung seines Schadens zu gestatten, nicht als Minderung der Bereicherung, sondern als ein dem Kläger wegen seines Irrtums zur Last fallendes negatives Interesse, scheint mir nicht über das zulässige Maß der Auslegungsfreiheit hinauszugehen.[1])

Ein Einwand ist noch zu berücksichtigen: warum soll, könnte man sagen, dem Kläger bei der cond. indebiti der durch die Rückforderung angerichtete Schaden aufgebürdet werden, da doch der Empfänger der nichtgeschuldeten Leistung, bona fides vorausgesetzt, im gleichen Irrtum befangen war? Die Antwort ist dieselbe, wie oben S. 294 für den Anfechtungsirrtum: nicht der Irrtum des A bei Abschluß des Vertrags resp. Vornahme der nichtgeschuldeten

[1]) Als das BGB. unter Festhaltung des Verschuldungsprinzips ausnahmsweise eine Haftung für unverschuldet verursachten Schaden anordnete, war diese Materie des Schadensersatzrechts in lebhafter Entwicklung begriffen, sodaß der Gesetzgeber sich begnügen mußte, für einzelne Fälle zu sorgen, in denen die Billigkeit einer schuldlosen Schadenshaftung sich seiner Aufmerksamkeit aufdrängte. Andere Fälle blieben unbeachtet, verlangen aber entsprechende Anwendung des in einzelnen Rechtssätzen zum Durchbruch gekommenen Gedankens. So hat neuerdings das RG., 58 S. 134 und 63 S. 276, in einem Fall (Schädigung durch den Betrieb einer Kleinbahn), der mit dem vorliegenden nicht im äußeren Tatbestand, wohl aber in der juristischen Struktur eine gewisse Ähnlichkeit hat, sich dazu ent-

Leistung an B ist die Ursache des Schadens und daher der Grund der Ersatzpflicht, sondern die unter Berufung auf den Irrtum stattfindende Anfechtung des Geschäfts resp. Rückforderung der Leistung. Wenn beide Beteiligten im Irrtum waren, aber nur einer von ihnen die Änderung des Rechtszustandes verlangt, so hat *er* den Schaden zu tragen, als eine mit der Ausübung seines Rechts verbundene Last.

Entschließt man sich bei der cond. indebiti zu einer entsprechenden Anwendung des § 122, so kann man, ohne gegen die Billigkeit zu verstoßen, das negative Interesse des Bereicherten bei der Bemessung der Bereicherung ausscheiden und kommt dadurch überall, wo kein Grund besteht, dem Bereicherungsschuldner dieses Interesse zu ersetzen, namentlich aber in den Fällen des § 816, zu einem angemessenen Resultat. Wer in einen fremden Rechtskreis eingreift, braucht zwar, wenn ihn kein Verschulden trifft, nur das herauszugeben, was er durch den Eingriff erlangt hat und noch hat, auch den Schaden des Gegners braucht er nicht zu ersetzen, weil unser Gesetz, abgesehen von gewissen Ausnahmen, am Prinzip der Culpahaftung festhält; aber wenn er durch seinen unberechtigten Eingriff sich selbst geschädigt hat, so scheint es mir der Rechtslage unter den Parteien und dem Sinne des Gesetzes zu entsprechen, daß er diesen Schaden nicht auf den abwälzt, in dessen Vermögen er eingegriffen hat, sondern selbst trägt.

Auch der Erbschaftsbesitzer gehört zu den Herausgabeverpflichteten, welche fremdes Vermögen ohne Grund *genommen* haben. Daraus ergibt sich für uns, daß kein Anlaß

---

schlossen, unter analoger Heranziehung des § 904 einen Ersatzanspruch anzuerkennen „wenn dem Verletzten die Befugnis entzogen ist, einen an sich widerrechtlichen Eingriff in sein Eigentum abzuwehren und dadurch dem Schaden vorzubeugen". Ein Eingriff in das Vermögen des C erfolgt nun auch dann, wenn das Gesetz dem D erlaubt, eine von ihm freiwillig vorgenommene Leistung, weil auf Irrtum beruhend, von C zurückzuverlangen. Den Eingriff muß C dulden, aber der damit verbundene Schaden ist dem D aufzuerlegen, obgleich das Gesetz es unterlassen hat, hier eine Ausnahme vom Verschuldungsprinzip auszusprechen. Die Analogie zwischen diesem Fall und dem des § 122 scheint mir eine nicht weniger nahe zu sein, als das Verhältnis des vom RG. entschiedenen Falles zum § 904.

vorliegt, ihm sein negatives Interesse zu vergüten. Nur hinsichtlich der Verwendungen auf die herauszugebenden Gegenstände sind wir durch die positive Vorschrift des § 2022 gebunden, welche ihm den Ersatz aller, also auch der überflüssigen Verwendungen zubilligt. Was er sonst aus Anlaß der vermeintlichen Erbschaft ausgegeben oder aus eigenem Vermögen verloren hat, muß ihm zur Last fallen, so gut wie dem gutgläubigen Besitzer bei der Vindikation. Wir kehren damit zum römischen Recht, fr. 25 § 12, 13 D 5, 3, zurück, welches solche Verluste nicht als Minderung der Bereicherung auffaßte. Die entgegengesetzte in der heutigen Doktrin herrschende Meinung, Planck § 2022, 3b und besonders Strohal, Erbrecht II 398 fg., führt für den Erbschaftsanspruch zu befremdenden Resultaten: der Erbschaftsbesitzer kann durch den Glauben an sein Erbrecht Verluste verschiedener Art erleiden; übermäßige Ausgaben aus dem eigenen Vermögen, Übernahme obligatorischer Verpflichtungen in bezug auf Erbschaftssachen, oder: er hat eine Forderung gegen den Erblasser und dafür einen Bürgen; in der Meinung, die Forderung sei durch Confusio erloschen, unterläßt er die rechtzeitige Belangung des Bürgen. Solche Verluste soll der Erbschaftsbesitzer von der nach § 2021 herauszugebenden Bereicherung abziehen dürfen. Soweit er aber Erbschaftsgegenstände, und dazu gehört nach § 2019 alles, was er mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, zu restituieren hat, kann er nur Ersatz der Verwendungen, nicht aber seines sonstigen Schadens verlangen. Nehmen wir ein konkretes Beispiel: X hat im Nachlaß, den er b. f. an sich nahm, eine goldene Uhr vorgefunden und infolgedessen seine silberne Uhr verschenkt. Er muß unbestrittenermaßen die goldene Uhr an den Erben herausgeben, ohne Anrechnung des Werts der weggegebenen silbernen Uhr, ebenso, nach § 2019, einen Gegenstand, den er für die goldene Uhr eingetauscht hat. Nur wenn an Stelle der goldenen Uhr eine in Geld zu bemessende Bereicherung getreten ist (X hat die Uhr verkauft, das Geld verbraucht und dadurch Ausgaben erspart), soll er vom Betrag der Bereicherung den Wert der silbernen Uhr abziehen dürfen. M. Er. läßt sich diese Unterscheidung nicht

rechtfertigen, vielmehr ist in beiden Fällen der Abzug des erlittenen Schadens ausgeschlossen. Daß damit dem Erbschaftsbesitzer, auch bei b. f., kein Unrecht geschieht, ergibt sich aus folgender Erwägung: daß jemand fremdes Vermögen bona fide wie eigenes behandelt, ist ein unerwünschtes aber unvermeidbares Ereignis, aus welchem Schaden entsteht oder zutage tritt, sobald sich herausstellt, daß das Vermögen ein fremdes war. Dieser Schaden kann entweder das fremde Vermögen betroffen haben (durch Verbrauchen, Verlieren, Weggeben etc. von dessen Bestandteilen), oder das eigene Vermögen des Eingreifenden (durch Dispositionen, die sich als nachteilig erweisen, sobald der richtige Rechtszustand hergestellt wird). Eine Abwälzung des Schadens soll nicht erfolgen, weil keinen der Beteiligten ein Verschulden trifft. Also ist der durch den irrtümlichen Erbschaftsbesitz entstehende Schaden juristisch als casus und daher als Last des Vermögens zu betrachten, welches er unmittelbar betroffen hat: casum sentit dominus.

Die Haftung
de peculio und de in rem verso
aus
der Litiskontestation und dem Urteil nach klassischem römischen Recht.

Von

Emil Seckel.

Inhaltsübersicht.

Die positiven Rechtsfolgen, die sich an den prozessualen Tatbestand der Litiskontestation im Formularverfahren[1]) knüpfen, gehören teils dem Prozeßrecht, teils dem materiellen Rechte an. Prozeßrechtliche Folge ist die Begründung des Prozeßverhältnisses[2]), des iudicium im formellen Sinne; mit dieser Folge befaßt sich die vorliegende Betrachtung nicht. Die materiellrechtlichen positiven Folgen der Streitbezeugung und der Verurteilung sind seit Keller Gegenstand teils zusammenfassender[3]), teils spezieller Untersuchung geblieben; 'noch manches' ist 'weiterer Prüfung bedürftig'.[4]) Materielle Hauptfolge der *Streitbezeugung* ist das sog. condemnari oportere. Aus der *Verurteilung* entspringt das materielle sog. iudicatum facere oportere.

Aus dem Wesen der an Litiskontestation und Kondemnation sich knüpfenden positiven Rechtserscheinungen haben die Klassiker, zumal die späteren, eine Reihe wichtiger Folgerungen gezogen. Zu den interessantesten Konsequenzen gehört die Ausdehnung der adjektizischen Haftung auf die aus den beiden Prozeßtatbeständen fließende 'Obligation' des Haussohnes, d. h. das teneri patrem de peculio und namentlich das teneri patrem de in rem verso auf Grund der Verurteilung des Sohnes und der mit dem Sohne vor-

---

[1]) Zu der Streitfrage nach dem Tatbestande der Litiskontestation vgl. statt Aller neuestens Bekker, Z²RG. 27 (1906), 12 ff.

[2]) Den Ausdruck 'Prozeßobligation' vermeide ich, da er die Unterscheidung von formellem und materiellem Recht zum mindesten nicht fördert. Prozeßrechtsverhältnis und rechtshängiger Anspruch (litis contestatione teneri) müssen aufs Schärfste auseinander gehalten werden.

[3]) Der Erste, der die Lehre über Keller hinausführte, war Bekker, Aktionen 2 (1873), 174 ff.

[4]) Bekker, Z²RG. 27, 12/13.

genommenen Streitbezeugung, anders ausgedrückt: die actio iudicati und die translatio iudicii dumtaxat de peculio et de in rem verso.

Die neuere Einzelforschung sowohl über die actio de peculio[1]) und de in rem verso[2]), als auch über die actio iudicati[3]) und die translatio iudicii[4]) hat nicht alle Rätsel der litis contestatione und ex causa iudicati begründeten Pekuliar- und Versionshaftung lösen wollen oder können. So ist vielleicht der Versuch nicht überflüssig, ein Steinchen zum Wiederaufbau der klassischen Lehre herbeizutragen.

I.

Haftung aus der Verurteilung.

1. Actio iudicati de peculio.

Ein Haussohn ist suo nomine[5]) verurteilt worden. Die privatrechtliche Judikats*schuld*, das iudicatum facere oportere, lastet auf dem Sohne, einerlei ob die eingeklagte Schuld Verkehrsschuld oder Bußschuld, einerlei ob die durch die Streitbefestigung konsumierte Klage (origo iudicii) actio ex contractu oder actio ex delicto gewesen ist. Ob dagegen der Haussohn aus seiner Verurteilung mit actio iudicati *haftet*, m. a. W. ob er der *Personalexekution* unterliegt, ist eine Frage, die sich wohl nur mit einer Unterscheidung

---

[1]) Bekker, Zweckvermögen, insbesondere Pekulium usw., in der ZHR. 4 (1861), 501 ff.; Pernice, Labeo 1 (1873), 121 ff.; Mandry, Das gemeine Familiengüterrecht 2 (1876), 209 ff. 351 ff.; Lenel, Edictum perpetuum (1883) S. 218 ff. = Édit 1 (1901) p. 318 suiv.

[2]) Mandry a. a. O. 2, 209 ff. 454 ff.; Lenel a. a. O.; v. Tuhr, Actio de in rem verso (1895).

[3]) Pernice, Parerga II, Z²RG. 5 (1884), 44 ff.; Eisele, Abhandlungen zum römischen Zivilprozeß (1889), 125 ff.; Wenger, Zur Lehre von der actio iudicati (1901).

[4]) Sperl, Sukzession in den Prozeß, Erste Hälfte (1895); Koschaker, Translatio iudicii (1905).

[5]) Oder als procurator sei es eines Dritten (D. 15, 1, 3 § 11 i. f.), sei es des Hausvaters (arg. D. 15, 3, 10 § 1). Ist dagegen der Sohn als cognitor (non in rem suam) verurteilt, so wird die actio iudicati nicht begrenzt wider den Hausvater, sondern unbegrenzt wider den Geschäftsherrn gegeben.

beantworten läßt[1]): der wegen einer *Buß*schuld verurteilte Haussohn kann mit der actio iudicati belangt werden[2]), der wegen einer *Verkehrs*schuld verurteilte nicht.

Bis die Klassiker in der mit dem Haussohn vollzogenen Litiskontestation ein ediktmäßiges negotium cum filio gestum[3]), in seinem privatrechtlichen iudicatum facere oportere eine Verkehrsschuld oder wenigtens ein Analogon zu ihr, die iudicati *velut obligatio*[4]), anerkannten und bis sie bei Verurteilung des Sohnes aus einer Kontraktsobligation von dem Mangel einer *actio* iudicati gegen den Sohn absahen[5]), hat es lange genug gedauert: erst Marcellus[6]), dem sich Papinian und, unter Berufung auf seine Vorgänger, Ulpian anschließen, hat die Zulassung der actio iudicati de peculio mit der gebotenen Zurückhaltung (putat) vertreten.

---

[1]) Nach dem Vorgang von Mandry 1, 404—414; dazu Koschaker a. a. O. S. 173—188.

[2]) D. 9, 4, 35 (unten S. 329. 366 N. 2): et si *(ex delicto* gestrichen) condemnatus fuerit filius, [iudicatum facere, ursprünglich: *duci*?] debet: tenet enim condemnatio. — Die Worte 'iudicatum facere debet' sind bisher unbeanstandet. Wären sie echt, so müßte ihnen die ungewöhnliche (m. E. unmögliche) Bedeutung = actione iudicati tenetur = iudicati conveniri potest (vgl. den Gegensatz: patrem quoque . . . posse conveniri) zukommen; denn wollten sie nichts andres besagen, als daß der Sohn Judikats*schuldner* sei, so wäre die Begründung: tenet enim condemnatio (d. h. die Verurteilung entfaltet ihre Wirkung in voller Strenge) unverständlich oder zum mindesten platt. Wegen verwandter Interpolationen siehe D. 9, 4, 33 (Pomp. 664 Lenel; vgl. Koschaker S. 194 N. 1); D. 9, 4, 34 (Jul. 922 Lenel); D. 47, 10, 36 (Jul. 625 Lenel). Die Echtheit der beiden letzten Stellen sucht Koschaker S. 192 ff. ohne Erfolg zu retten.

[3]) Edikt D. 15, 1, 1 § 2 (vgl. Lenel, Edictum S. 220): 'Quod cum eo, qui in alterius potestate [esset', ursprünglich: 'est? erit?'], 'negotium gestum erit'.

[4]) D. 15, 1, 3 § 11 (Abdruck folgt oben im Text); vgl. unten S. 328 N. 6.

[5]) Vgl. die Begründung, mit der die Pekuliarklage aus der condemnatio servi abgelehnt wird D. 15, 1, 3 § 8 i. f. (Ulp.): sed hoc et Nervae filio et mihi videtur verius ex compromisso servi non dandam de peculio actionem, *quia nec* si iudicio condemnetur servus, *datur in eum actio* (nicht etwa: quia nec .. ex causa iudicati obligatur).

[6]) Den Versuch von Koschaker S. 192 ff., die actio iudicati de peculio schon bei Julian nachzuweisen, halte ich für mißlungen.

D. 15, 1, 3 § 11, Ulp. lib. 29 ad edictum (851a Lenel; Kommentar zu den Worten: 'negotium gestum erit'):

> Idem (Papinianus libro nono quaestionum, 156 Lenel) scribit iudicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat[1]), etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati[2]): nam sicut in stipulatione[3]) contrahitur cum filio, ita iudicio 'contrahi'[4]): proinde non originem iudicii[5]) spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem.[6])

Wie in diesem Fragmente besonders betont wird, daß — trotz des Grundsatzes: Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari[7]) — gerade auch bei Belangung ex delicto in der Litiskontestation als einem negotium, das den deliktischen Ursprung (origo) der Klage verdeckt, die Basis einer Pekuliarklage aus dem Judikat geschaffen sei[8]),

---

[1]) Als Meinung des Marcellus wird durch das rückwärtsweisende 'quod' nur der von Papinian an die Spitze gestellte Grundsatz bezeichnet; doch darf man es dem hellen Auge des Marcellus wohl zutrauen, daß es die Konsequenzen des neuen Satzes (bezüglich einer obligatio principalis ex delicto) durchschaut hat.

[2]) D. h. wegen einer Deliktsklage gegen den Sohn.

[3]) Vgl. § 10 der Stelle.

[4]) Bekanntlich die einzige (und mit Unrecht berühmte) Stelle, in der die Wendung 'iudicio contrahi' begegnet. Contrahere braucht durchaus nicht zu bedeuten: einen Vertrag schließen; es hat vielmehr die weitere Bedeutung: ein Rechtsband (durch Setzen eines Verkehrstatbestandes) schlingen. Vermutlich will der Jurist durch den Gebrauch des Wortes auf die ediktmäßige Wendung: 'eius rei nomine, quae cum eo *contracta* erit, cum is in potestate esset' (D 14, 5, 2 pr., Anhangsedikt über das sog. beneficium competentiae des ehemaligen Haussohnes) anspielen.

[5]) D. h. die obligatio principalis (Gai. III, 180), die „materielle Basis des Anspruchs" (Mandry 2, 245), hier die Deliktsklage.

[6]) Unter der iudicati velut obligatio denke ich mir die Quasiobligation aus dem Judikat, die aus der Litiskontestation entstanden und mit dem Urteil wirksam geworden ist (im Gegensatz zur echten mit gewöhnlicher actio bewehrten obligatio principalis); — dagegen nicht die 'bedingte' oder 'unfertige Obligation' in der Zeit zwischen Litiskontestation und Urteil; vgl. zu der Frage einerseits Bekker, Aktionen 2, 179 N. 13, Z²RG. 15, 159, Wenger, Actio iudicati S. 57 N. 4, andererseits Pernice, Z²RG. 5 (1884), 53 N. 2.

[7]) D. 50, 17, 58.

[8]) Vgl. Bekker, Aktionen 2, 184 N. 28.

so hat Ulpian noch in einer zweiten Stelle aus der Verurteilung des Haussohns ex delicto eine actio iudicati de peculio gegen den Hausvater entstehen lassen. D. 9, 4, 35, Ulp. lib. 41 ad Sab. (2873c Lenel, sub titulo De furtis):

> et si [1]) condemnatus fuerit filius [2]), [iudicatum facere [3])] debet: tenet enim condemnatio. quin immo etiam illud dicendum est [4]) patrem quoque [5]) post condemnationem filii dumtaxat de peculio posse conveniri.

Ist also der verurteilte filius familias mit einem Sondergut ausgestattet [6]), so hat der Deliktsgläubiger die Wahl, ob er die Personalexekution betreiben oder gegen den Hausvater mit actio de peculio [7]) vorgehen will. [8]) Der mit dieser Klage belangte Vater wird, wenn er die Judikatsschuld des Sohnes bestreitet, auf das Doppelte [9]), wenn er nur den Be-

[1]) ex delicto; vgl. unten S. 366 N. 2 Ziff. I 1 a, Koschaker S. 180.

[2]) Mommsen setzt das Komma schon hinter fuerit; anders Lenel.

[3]) Vgl. S. 327 N. 2.

[4]) Man beachte den langen Anlauf, den Ulpian nimmt, um die ihm nicht ganz geheuer scheinende Behauptung auszusprechen. In D. 15, 1, 3 § 11 sucht er Deckung hinter seinen Autoritäten.

[5]) D. h. der Gläubiger hat die Wahl zwischen der Pekuliarklage gegen den Vater und der Personalexekution gegen den ex delicto verurteilten Sohn.

[6]) Gleichgültig, ob zur Zeit der Belangung des Vaters etwas oder nichts in peculio est; so wenigstens nach der Lehre der Prokulianer.

[7]) Dabei macht es es nichts aus, ob der Sohn bereits vor der Erhebung der actio iudicati peculiatus war oder nicht.

[8]) Über problematische innere Gründe der Pekuliarhaftung aus dem Judikat vgl. Mandry 2, 245 (bei N. 21). 617f.; Koschaker S. 189ff. Bot die Pekuliarklage dem Gläubiger günstige Aussichten (bei Solvenz des peculium und voraussichtlich geringem Risiko der Pekuliumentwertung bis zum Urteil), so wird er die actio de peculio der unbequemen, ihm nur indirekt Befriedigung gewährenden ductio vorgezogen haben. Da aber die Aussichten wohl oft wenig günstig lagen, so war (nach Konsumption der Noxalklage) die (m. E. aus der Vorzeit ins klassische Recht übernommene) Personalexekution dem Gläubiger unentbehrlich. — Das Verschwinden der Noxalklage aus dem Sohnesdelikt und der noxae deditio freier Personen wird sich aus der echt römischen Entwicklung heraus nicht erklären lassen.

[9]) des Nominalbetrags der Judikatsschuld [100] (so Wenger, vgl. nächste Note)? oder, falls der Reinwert des Pekuliums zur Zeit des Urteils im Pekuliarprozeß unter jenem Nominalbetrag steht [z. B. auf 80], auf das Doppelte des letzteren Betrags [160]? Mir will für eine actio *de peculio* die zweite Alternative mehr einleuchten.

stand oder die Höhe seiner adjektizischen Haftung bestreitet, auf das Einfache (im Maximum auf den Betrag der Judikatsschuld des Sohnes [100], im Minimum auf den geringeren, hinter der Urteilssumme zurückbleibenden Wert des reinen Pekuliums zur Zeit seiner Kondemnation [80]) verurteilt.[1])

Mit der *Verurteilung* de peculio erwächst dem Vater in Höhe der neuen Kondemnationssumme [80 bzw. 160[2])] ein Deduktionsposten in Gestalt einer Naturalforderung gegen das Pekulium. Er kann also Pekuliargläubigern, die *später* zum Urteil gegen ihn gelangen, bei Ermittelung des Massewerts den Posten als Pekuliarpassivum in Rechnung stellen[3]); er kann sich auch wegen seiner Deduktionsforderung durch (in diesem Falle niemals dolose) ademptio peculii befriedigen.

Mit der *Zahlung* der Summe, zu der er verurteilt ist, erwirbt der Vater einen Kompensationsposten gegenüber einer späteren actio de in rem verso.[4]) —

Ist der verurteilte Haussohn vor Anstellung der actio iudicati de peculio emanzipiert worden oder gestorben[5]), so dauert die Pekuliarhaftung des Vaters noch ein Jahr lang fort. Im Falle des Todes des Sohnes erlischt seine Judikatsschuld, weil er keinen Erben haben kann.[6])

---

[1]) Vgl. Wenger S. 59—61.

[2]) Daß der verurteilte Vater unter Umständen auch das *duplum* deduzieren kann, ergibt die Analogie zum Regreß des Bürgen, der mit dem Vater die Interzedenteneigenschaft teilt. Daß dem Bürgen ein Rückgriff auf die Doppelsumme zustehen kann, stand m. E. wahrscheinlich im echten Text von D. 17, 1, 45 § 6 (Paul. 1114 L., bisher nicht beanstandet): Si fideiussor [multi-, ursprünglich: du]plicaverit summam, in quam fideiussit, [sumptibus, urspr.: iudicati iudicio] ex iusta ratione [factis, urspr.: suscepto], totam eam praestabit is, pro quo fideiussit.

[3]) D. 15, 1, 9 § 8 i. f.: si de peculio conventus dominus condemnatus est, debebit de sequenti actione de peculio deduci: coepit enim dominus [vel pater] iudicati teneri. Vgl. BGB. § 1973 Abs. 2 Satz 3, § 1991 Abs. 3. — Ein Deduktionsrecht erlangt der Vater natürlich auch durch *Zahlung* ohne Urteil; § 8 cit. fährt fort: nam et si quid servi nomine non condemnatus praestitisset creditori, etiam hoc deduceret. Vgl. ferner etwa D. 13, 5, 19 § 2, eine Stelle, in der ich keinen Gegensatz zu D. 15, 1, 9 § 8 zu entdecken vermag; a. M. Tuhr S. 151.

[4]) D. 15, 3, 1 § 2; vgl. Tuhr S. 138—140. 142. 229ff.

[5]) D. 15, 2, 1 pr.; Lenel Edictum S. 221.

[6]) Vgl. unten S. 364 N. 7.

2. Actio iudicati de in rem verso.

Mit der Zulassung der actio iudicati de peculio war die Gewährung der actio iudicati de in rem verso von selbst ermöglicht[1]): eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur.[2])

Die Versionsklage ist für den Gläubiger bekanntlich in doppelter Hinsicht wertvoller als die ihm regelmäßig[3]) in Konkurrenz mit ihr erwachsende actio de peculio. Einmal wird der Vater dem Versionsgläubiger trotz Insolvenz des Sonderguts in solidum verurteilt[4]); während für die übrigen Pekuliargläubiger das Versum bei der Berechnung der Pekuliaraktiven außer Ansatz bleibt, ist für den Versionsgläubiger das Pekulium um das Versum vergrößert.[5]) Sodann überdauert die Versionsschuld des Vaters sowohl den Untergang des Pekuliums durch ademptio sine dolo malo als auch das Erlöschen der actio de peculio annalis durch Zeitablauf.[6])

Voraussetzung jeder actio de in rem verso ist im vollentwickelten klassischen Rechte[7]) — nach der m. E. richtigen,

---

[1]) Die Versionsklage ist im Normalfall „eine qualifizierte Pekuliarklage" (Tuhr S. 238).

[2]) Gai. IV, 74 i. f.; vgl. IV, 72a (ed. Seckel et Kübler) gegen Ende: licet enim una est formula (Inst. Iust. 4, 7 § 4b: actio), qua de peculio deque eo, quod in rem (patris) domini(ve) versum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes. Lenel Edictum S. 223.

[3]) Die sog. selbständige actio de in rem verso aus Geschäften des filius familias non peculiatus leugne ich nicht; vgl. über sie Bekker, Z²RG. 4 (1883), 102f.; Tuhr S. 238ff., insbes. S. 252ff. Daß der selbständigen Versionsklage gesteigerte praktische Bedeutung zukommt, leuchtet ohne weiteres ein.

[4]) D. 15, 3, 1 § 2. Der Unannehmlichkeit, sich an dem Wettlaufen der Pekuliargläubiger um die Urteilsprävention zu beteiligen, ist der Versionsgläubiger allerdings nicht enthoben; denn sobald ein Pekuliargläubiger zum Urteil gegen den Vater gelangt ist und, was meist rasch sich entscheiden wird, Zahlung der Urteilssumme erhalten hat, erwirbt der Vater das Recht zur Kompensation gegen das Versum (oben S. 330).

[5]) Tuhr S. 2. 132f. 137f. 239 u. ö.

[6]) D. 15, 3, 1 § 1; 15, 3, 19 i. f.; 15, 2, 1 § 10. Tuhr S. 235f.

[7]) Die letzte Entwicklungsstufe konnte erst erklommen werden, seit (der Begriff der Naturalobligation und insbesondere) die Zugehörigkeit von Naturalforderungen des Gewaltunterworfenen gegen

in dem ausgezeichneten Werke Tuhrs zwar nicht zuerst ausgesprochenen, aber zuerst wirklich fundierten Regreßtheorie[1] —, daß dem interzedierenden Sohne[2]) aus dem Verkehrstatbestand, der ihn selbst zum formellen Schuldner des Versionsgläubigers macht, ein naturaler Regreßanspruch aus Geschäftsführung gegen den Vater auf Befreiung von seiner dem Versionsgläubiger gegenüber eingegangenen Verbindlichkeit zusteht.[3] Der Regreßanspruch des filius familias wird vom Prätor dem Versionsgläubiger als einem Quasi-Solidargläubiger[4] zu eigenem Nutzen und Rechte verliehen und gegen den pater familias durch Erstreckung der aus dem negotium entspringenden Klage mit actio bewehrt.

Eine *materiell* den Sohn angehende Sohnesschuld kann *niemals* zu einer Versionshaftung des Vaters führen. Daran ändern auch Litiskontestation und Judikat nichts: während jeder Gläubiger (auch der Deliktsgläubiger) in der Lage ist, sich durch Belangung des Sohnes eine actio iudicati *de peculio* zu verschaffen[5], kann keine Rede davon sein, daß der Sohnesgläubiger seinen Schuldner nur zu verklagen braucht, um jede Forderung (oder wenigstens jede Pekuliarforderung) in eine *Versions*forderung auf den Nominalbetrag zu verwandeln. — Wird also der Sohn aus eigener Bußschuld (delictum) oder aus materiell eigener[6] Geschäftsschuld (negotium proprium s. peculiare) belangt und verurteilt, so geht die actio iudicati nur de peculio, nicht auch de in

---

den Gewalthaber zum Pekulium anerkannt war. Die Anerkennung dieser Zugehörigkeit ist von den Ausläufern der sabinianischen Rechtsschule (Javolenus) angebahnt worden und seit der Mitte des 2. Jahrhunderts (Julianus-Africanus, Pomponius) durchgedrungen. Vgl. Pernice, Labeo 1 (1873), 384; 3 (1892), 253 ff.; Tuhr S. 275 ff.; Gradenwitz, Natur und Sklave bei der naturalis obligatio (1900) S. 26 ff., insbes. S. 34.

[1]) Vorläufer und Gegner s. bei Tuhr S. 3 ff. Unter den Gegnern ist Mandry (oben S. 326 N. 2) hervorzuheben.

[2]) Bzw. dem Pekulium.

[3]) Soweit scheint auch Schloßmann, Stellvertretung 2 (1902), 255—259 einverstanden zu sein.

[4]) Vgl. Tuhr S. 136. 237.

[5]) Oben S. 328. 329.

[6]) Genauer: das Geschäft darf sich nicht als Interzession *für den Vater* darstellen.

rem verso gegen den Vater. Für die Verurteilung des Sohnes ex delicto ergibt sich dies durch ein sicheres argumentum a contrario aus der bereits behandelten Ulpianstelle.[1]) Für die Verurteilung nicht bloß ex delicto, sondern auch ex proprio negotio läßt sich derselbe Schluß auf ein argumentum e silentio stützen; das Schweigen der Quellen über eine actio iudicati de in rem verso in den beiden hier interessierenden Fällen ist nicht ein zufälliges, sondern ein beredtes Schweigen. Die entgegengesetzte Behandlung, d. h. die Gewährung einer actio de in rem verso würde dem obersten Prinzip der Versionsklage widersprechen. Daß der Vater durch die Belangung des Sohnes von der Pekuliar- bzw. Noxalhaftung *befreit* wird, genügt zur Begründung der Versionshaftung nicht[2]); denn der Vater wird von einer ihn nur *formell*[3]) angehenden Schuld befreit[4]), und aus dem den materiellen Schuldner belastenden negotium entquillt keine naturale Regreßforderung des Sohnes gegen den Vater.[5]) Schuldbegründende Befreiung ist dann keine

[1]) D. 9, 4, 35, oben S. 329; vgl. unten S. 368.

[2]) arg. D. 15, 3, 11 (Paulus 470 L.): Quod servus in hoc mutuatus fuerit, ut creditori *suo* solveret, non erit in rem versum, *quamvis* actione de peculio *liberatus* sit dominus.

[3]) Daß Pekuliar- und Noxalklagen den Vater nicht materiell treffen, zeigt sich auch im Deduktionsrecht. Wegen der Pekuliarhaftung vgl. oben S. 330. *Zahlt* der noxal haftende Vater die litis aestimatio (statt das Recht zur noxae deditio auszuüben, womit er die Haftung unmittelbar auf die Person des filius ablenken würde), so ist er zum Abzug vom Pekulium (D. 15, 1, 11 pr.) und, wie unbedenklich anzunehmen sein wird, zur Aufrechnung gegen ein Versum befugt.

[4]) Mit der Befreiung ist es übrigens nicht weit her, da mit der Verurteilung (nach Ulpian alsbald mit der Belangung, s. unten S. 359 ff. 369 ff.) des Sohnes der Vater (von neuem bzw. neu) de peculio verhaftet wird. Von der nach der Litiskontestation übrig bleibenden Naturalobligation sehen wir hier billig ab. — Hinsichtlich des Deduktionsrechts ist die Litiskontestation ohne Einfluß, da dieses Recht weder mit der pekuliaren bzw. noxalen Verhaftung noch mit der Belangung des Vaters, sondern erst mit der Verurteilung bzw. Zahlung entsteht.

[5]) Analog: wird der Hauptschuldner belangt oder noviert er die Hauptschuld, so wird der formell haftende Bürge frei, ohne einem Regreß des Hauptschuldners ausgesetzt zu sein.

privative[1]) Interzession, wenn die neue Schuldbegründung zu Lasten des materiellen Schuldners erfolgt.

Nur aus obligatorischen *Interzessionsgeschäften* des Sohnes für den Vater[2]) kann als Ausgleichungsposten ein Liberationsanspruch des Sohnes und damit eine Versionsforderung des Gläubigers gegen den materiell von der Schuld betroffenen Vater entstehen. Die Interzession kann eine privative, eine surrogative[3]) oder eine kumulative sein. Da bei kumulativer Interzession die Geschäftsführung des Sohnes diesem bis auf weiteres, d. h. bis zur Belangung oder Zahlung, unschädlich ist und andrerseits dem Vater erst zugute kommt, wenn sie zur Befreiung des Vaters von der diesen materiell angehenden Verbindlichkeit geführt hat, so muß die kumulative Interzession sich in eine privative verwandelt haben[4]), ehe an eine actio de in rem verso zu denken ist. Wird der formell schuldende Sohn aus seinem vorprozessualen Interzessionsgeschäfte belangt[5]) und *verurteilt*, oder führt die Interzession durch defensio patris zur Verurteilung des Sohnes, so kann nunmehr die Judikatsklage de in rem verso gegen den Vater gekehrt werden. Wird der Vater im Judikatsprozesse verurteilt oder zahlt er die Judikatssumme, so ist er weder zur Deduktion vom Pekulium, noch zur

---

[1]) Surrogative Interzession (unten S. 353 ff.) kommt in Frage, nicht wenn der Sohn suo nomine belangt wird, sondern wenn der Vater in Anspruch genommen werden soll und der Sohn ihn defendiert.

[2]) Nutzt der Sohn sein *Sondergut* für den Vater aus, so entsteht ein Erstattungsanspruch; nutzt er seine *Verpflichtungsfähigkeit* im Interesse des Vaters aus, so interzediert er und entsteht daraus ein Befreiungsanspruch.

[3]) Ich folge der Terminologie von Tuhr S. 57 ff. 142 ff.

[4]) Z. B. durch Litiskontestation mit dem Sohne.

[5]) Die Übernahme des iudicium darf er nicht ablehnen (s. unten S. 336 ff. 346 ff. 352). — An der formellen Natur der Sohneshaftung ändert die Belangung und die Verurteilung nichts (s. unten S. 352); geändert wird nur der Inhalt des Liberationsanspruchs. Materiell betrachtet defendiert der Sohn nicht sich, sondern den Vater. — Was die negative Wirkung der Litiskontestation angeht, so wird der Vater von seiner bisherigen Zivilschuld, vom actione teneri de peculio (unter Umständen auch de in rem verso, s. unten S. 352) befreit.

Kompensation gegenüber einem noch unbeglichenen Versum berechtigt. — Die aufgestellten Sätze sind, soweit nötig, im Folgenden zu begründen.

A. *Kumulative Interzession des Sohnes für den Vater mit nachfolgender Befreiung des Vaters.*

Um taugliche Basis einer Versionsklage zu sein, muß sich nach unserer Behauptung[1]) die kumulative in eine privative Interzession verwandelt haben. Sieht man sich im Quellenmaterial um, so scheint auf den ersten Anblick kein einziger Klassikerausspruch diese Behauptung zu rechtfertigen. Bei näherem Zusehen finden wir nicht weniger als drei Fragmente, die unserer These zur Stütze dienen.

a) D. 15, 3, 10 pr., Ulp. lib. 29 ad edictum (856d L.; Kommentar zu den Worten 'in rem versum' des Ediktes De peculio et in rem verso):

> Si pro patre filius fideiusserit et [creditori solverit[2])], in rem patris videtur versum, quia patrem (. . .)[3]) liberavit.

Ein Haussohn hat sich für eine Vaterschuld[4]) verbürgt und an den Gläubiger Zahlung geleistet.[5]) Weil er durch diese Zahlung den Vater befreit hat, so —[6]) liegt (im Sinne des zu kommentierenden Ediktes[7]) ein 'in rem' patris 'versum' vor.

Wie die Stelle lautet, spottet sie jeder Erklärung. Accursius in seiner Glosse und Vivianus in seinem Casus wollten in gut harmonistisch gemeinter Weise mit der An-

---

[1]) Oben S. 334.

[2]) Vgl. unten S. 336/7.

[3]) Vgl. unten S. 337 N. 1.

[4]) Natürlich für eine materiell den Vater angehende.

[5]) scil. suo nomine, auf seine Bürgschaftschuld (worauf übrigens nichts ankommt.)

[6]) Korrekt wäre nun fortzufahren: — hat sich seine im Keim erstickte Liberationsforderung in eine Erstattungsforderung verwandelt, die einen gewöhnlichen Pekuliarbestandteil bildet und mit nichten einer actio de in rem verso zur Grundlage dienen kann (vgl. Tuhr S. 149).

[7]) Jeder andre Sinn interessiert den Kommentator und seinen Leser an dieser Stelle natürlich nicht; also *kann* Ulpian hier *nur* den ediktmäßigen Begriff gemeint haben. Übrigens hat der Ausdruck gar keinen andern technischen Sinn.

nahme helfen, der Sohn habe, um den Gläubiger zu bezahlen, ein Darlehen aufnehmen müssen[1]); und noch 1895 bekannte sich der neueste deutsche Schriftsteller über die in rem versio[2]) zur Möglichkeit dieser Annahme: man hätte zu ergänzen 'creditori *mutuatus* solverit', wie in D. eod. 10 § 10 geschrieben steht. Schon heute darf man es getrost als unzulässig bezeichnen, in solcher Weise das entscheidende Tatbestandsstück einzuschmuggeln.[3]) Umgekehrt: gerade *weil* mutuatus, *anders* als in fr. 10 § 10 cit., *nicht* im überlieferten Tatbestande steht und niemals im Tatbestande gestanden hat[4]), darf auf dem bezeichneten Wege der unentbehrliche Liberationsanspruch, der unentbehrliche Drittgläubiger cui hoc casu tenetur pater, nicht beschafft werden.

Auf die Möglichkeit, daß „*vielleicht* die Worte 'creditori solverit' interpoliert" seien „anstelle von '*condemnatus sit*', infolge von c. 28 C. de fideiuss. 8, 40", als Erster aufmerksam gemacht zu haben ist das Verdienst von Tuhr.[5]) Wer von der völligen Unhaltbarkeit der Exegese des Accursius durchdrungen ist, wird geneigt sein, mit weniger Zurückhaltung die Interpolationsannahme zu vertreten, zumal wenn der Kritik ein so wertvolles Argument[6]) zur Hilfe kommt wie folgendes. Der an unser principium sich anschließende § 1 handelt von anfänglicher[7]) privativer Interzession durch

---

[1]) Accursius gl. 'fideiusserit': . . cui hoc casu tenetur pater? respondeo: illi, qui in hoc *mutuaverit* filio, ut tali creditori solvat. — Der zweite Ausweg, den der Glossator in der Annahme einer fideiussio animo novandi zu finden glaubt, ist zwar dogmengeschichtlich nicht uninteressant (vgl. defensio animo novandi), kommt aber für das klassische Recht auf keinen Fall in Frage.

[2]) Tuhr S. 149.

[3]) Vgl. auch unten S. 345 bei N. 4.

[4]) Die Kompilatoren hätten keinen Anlaß zur Streichung gehabt.

[5]) Tuhr S. 149, wo Näheres über die Anstößigkeit der echten Fassung im justinianischen Recht; hier „konnte die a. iudicati de in r. v. überflüssig erscheinen, da ja der Gläubiger, trotz Belangung und Verurteilung des filius fideiussor, wenn dieser nicht zahlte, sich an den Hauptschuldner halten konnte". Daß das einschneidende Gesetz C. 8, 40, 28 zu zahlreichen Interpolationen Anlaß gegeben hat, ist bekannt; vgl. z. B. Eisele, ArchZivPrax. 77 (1891), 433 ff.

[6]) Bereits von Tuhr a. a. O. erkannt, aber nicht voll gewürdigt.

[7]) In dieser tatbeständlichen Verschiedenheit liegt der ganze Unterschied vom principium echter Fassung; die Entscheidung [und

Prozeßübernahme und läßt bei Verurteilung des interzedierenden Sohnes den Vater (aus dem Judikat) de in rem verso haften. Mit dem pr. ist § 1 auch äußerlich eng verbunden durch die Worte 'Cui simile est . . si . .'; daraus folgt, daß auch im pr. schon von einer Befreiung des pater reus durch die Litiskontestation mit dem filius fideiussor die Rede gewesen sein *muß*.[1])

Das pr. liefert also den Beweis für den Satz, daß auf Grund der Bürgschaft (kumulativen Interzession) des Sohnes für den Vater, falls der Vater durch Belangung des Sohnes befreit (Verwandlung der kumulativen in privative Interzession eingetreten) und[2]) das litis contestatione teneri des Sohnes zum iudicati teneri geworden ist, der Gläubiger sich mit actio iudicati de in rem verso an den Vater halten kann.

b) Mit dem Inhalte des eben behandelten D. 15, 3, 10 pr. deckt sich in seiner vermutlichen echten Fassung ein wiederum interpolierter Satz[3]) in D. 46, 1, 10 § 2, Ulp. lib. 7 disputationum (131 L.):

> *Filius familias pro patre poterit fideiubere*[4]) nec erit sine effectu haec fideiussio, primo quidem, quod sui iuris effectus poterit teneri in id, quod facere potest, dein quod et, *dum in potestate manet, condemnari potest.* sed an pater ex hac causa[5]) quod iussu teneatur, videamus: et puto ad omnes contractus quod iussu etiam referri. sed *si ignorante patre pro eo fideiusserit,* cessat ista actio: tamen *quasi in rem patris versum*

ihre Begründung; vgl. nächste Note] kommt auf dasselbe hinaus. Daher die similitudo, von der § 1 spricht.

[1]) Im pr. i. f. dürfte demnach statt 'quia patrem liberavit' vielmehr zu lesen sein 'quia patrem *iudicio suscepto* liberavit', was die Kompilatoren wegen C. 8, 40, 28 zu ändern gezwungen waren. Im § 1 ist dann der Schlußpassus als überflüssige Wiederholung zu streichen.

[2]) Warum der Naturalregreß nicht schon mit der Litiskontestation gegeben ist, m. a. W. warum 'condemnatus' und nicht 'conventus sit' zu lesen sein dürfte, wird noch erörtert werden (unten S. 338 ff.).

[3]) 'Sed si ignorante — patre'. Er ist m. W. bisher von keiner Seite beanstandet worden.

[4]) Wohl echt.

[5]) d. h. aus der Bürgschaft des Sohnes für den Vater (vgl.: haec fideiussio).

sit[1]), *potest agi cum patre* (...).[2]) plane si emancipatus solverit, utilis ei actio debebit competere (!): in potestate etiam manenti eadem actio competit, si de peculio castrensi pro patre solverit.

Wo bleibt hier das Moment, welches den naturalen Geschäftsführungsanspruch des filius fideiussor gegen den Vater auf Befreiung von der Interzessionsschuld auslöst? oder soll am Ende der sich verbürgende Sohn sofort mit Entstehung oder Fälligkeit seiner Bürgschaftsschuld den Liberationsanspruch gewinnen?

Da ohne zwingende Gründe nicht von dem Prinzip abgegangen werden darf, daß 'ut debitor ... dominus (= pater) servo (= filio) intellegatur, *ex causa civili* computandum est', so haben wir zu fragen, wann der Regreß des *gewaltfreien* Bürgen gegen den Hauptschuldner fällig wird.[3]) Als Tatbestände, mit deren Eintritt die Fälligkeit des Regresses gegeben sein könnte, kommen für uns hauptsächlich in Betracht die Verurteilung und die Belangung des Bürgen, sowie die Entstehung (bez. das Fälligwerden) der Bürgschaftsschuld.

Daß der Bürge mit der (den Hauptschuldner befreienden) *Zahlung* einen *Erstattungs*anspruch erlangt, mag das Innenverhältnis unter dem Rechte des Auftrags oder der unbeauftragten Geschäftsführung stehen, ist außer Streit und Zweifel.[4]) Für die Lehre von der Versionsklage ist aber dieser Rechtssatz ohne Interesse.

Daß der Bürge mit der *Verurteilung* einen fälligen *Befreiungs*anspruch gegen den durch die Belangung (= litis contestatio)[5]) nach klassischem Rechte liberierten Hauptschuldner bekommt, ist nur für den beauftragten Bürgen

---

[1]) Über den Grund, warum Ulpian die actio de peculio nicht erwähnt, vgl. Tuhr S. 255.

[2]) Vgl. unten S. 344.

[3]) Vgl. z. B. Girtanner, Bürgschaft (1851) S. 529—533; Hasenbalg, Bürgschaft (1870) S. 711—714, vgl. S. 694—698; Dernburg, Pandekten 2[7] (1903) § 80 II 1b; Windscheid-Kipp, Pandekten 2[9] (1906) § 481 N. 5. Tuhr S. 61 f.

[4]) Vgl. D. 17, 1, 38 § 1 (Marcellus); C. 4, 35, 10 (a. 293); D. 17, 1, 10 § 11 (Ulp.); auch D. 15, 1, 9 § 8 (Marcellus).

[5]) Vgl. unten S. 345 N. 2.

außer Streit[1]), dagegen für den als negotiorum gestor einspringenden Bürgen bestritten[2]) und für keinen der beiden Bürgen außer jedem Zweifel. D. 17, 1, 38 § 1, Marcellus[3]) lib. sing. responsorum (279 L.):

> Non absimilis illa (quaestio), quae frequentissime agitari solet, *fideiussor an et prius, quam solvat, agere possit, ut liberetur.* nec tamen semper exspectandum est, ut *solvat aut iudicio accepto condemnetur.* (. . .), si[4]) diu in solutione reus cessabit aut certe bona sua dissipabit, praesertim si domi pecuniam fideiussor non habebit, qua numerata creditori *mandati* actione reum conveniat.

Hier könnte man an der Fragestellung und an dem Beginne der Entscheidung Anstoß nehmen wollen. Übersetzte man die quaestio: „Kann der Bürge *auch vor* der Zahlung *auf Befreiung* klagen?“, so ergäbe sich a contrario die Ungereimtheit, daß der Bürge *nach* der Zahlung auf *Befreiung* klagen könnte. Der Text der Frage dürfte aber nicht zu beanstanden und vielmehr eine andere Übersetzung geboten sein. Die Worte 'ut liberetur' sind ein explikativer Zusatz zu 'agere': „klagen, nämlich auf Befreiung“, ganz ebenso wie in D. 17, 1, 45 § 2 (Paul.).[5])

In der Entscheidung des fr. 38 § 1 kann der Pleonasmus '*iudicio accepto* condemnetur' auffallen, der um so mehr befremdet, als es sich nicht um eine gangbare, sondern um eine in dieser zwecklosen Nebeneinanderstellung[6]) beispiel-

---

[1]) Wegen der beiden in N. 4 S. 338 zuerst angeführten Stellen.

[2]) Verneint wird hier der Befreiungsanspruch von Hasenbalg S. 711 ff. Läßt man unser fr. 10 § 2 D. 46, 1 (auf das Hasenbalg nicht aufmerksam geworden ist) aus dem Spiele, so fehlt es für den bestrittenen Satz an einem sicheren direkten Quellenbeweis; vgl. aber S. 341 N. 5, S. 342 N. 3, ferner oben S. 336/7.

[3]) Unter Antoninus Pius, Mark Aurel und höchstens noch Commodus.

[4]) Die folgenden Tatbestände können wir, als für unsere Zwecke wenig ergiebig, beiseite lassen.

[5]) Item si, dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiseris, *et* ante, quam solvas, dicendum est te *agere* posse, *ut obligationem suscipiam*. . . .; vgl. ferner § 3 eod.

[6]) 'Iudicio accepto condemnari' begegnet, wie eine Prüfung aller Stellen mit 'iudicium accipere' (V. I. R. I, 84 s. v. accipio C. I) ergeben

lose Redefigur handelt. Trotzdem glaube ich nicht, daß Marcellus etwa 'aut iudicium accipiat' geschrieben habe. Der Pleonasmus ist schließlich nicht schlimmer als in dem Gaius und Scaevola geläufigen 'iudicio condemnari'[1]), sowie in dem häufig begegnenden conveniri et condemnari[2]), und jedenfalls weit weniger schlimm als der allerdings interpolierte Pleonasmus conventum [satisfacere, praestare] bzw. actum esse [et solutum] der in der Note[3]) angeführten Stellen.

Die Äußerung des Marcellus erbringt also für den diesem Juristen bekannten Rechtszustand den Beweis positiv: daß nicht nur die Zahlung, sondern auch die *Verurteilung* den Regreß des (beauftragten) Bürgen eröffnet, negativ: daß dem Bürgen, der weder gezahlt hat noch verurteilt ist, noch sich auf Umstände wie starke Zahlungsverschleppung oder beginnende Vermögensverschleuderung auf Seiten des Schuldners stützen kann, kein Liberationsanspruch zusteht.

Der Satz, daß der *verurteilte*, nicht aber schon der belangte und noch weniger der bloß verpflichtete Bürge sich am Hauptschuldner erholen kann, erhält seine Bestätigung durch D. 46, 1, 45, Scaevola lib. 6 digestorum[4]) (26 L., sub titulo Mandati):

> *Fideiussor* pro venditore fundorum duorum altero evicto *conventus* ab emptore *condemnatus est* [certam quantitatem].[5]) quaesitum est, an cum herede ven-

---

hat, nur noch D. 20, 6, 10 (Paulus), wo es aber einen nicht minder guten Sinn gibt als das 'iudicio accepto *vinci*' in D. 21, 2, 21 § 2 (Ulp.).

[1]) Gai. IV, 116; D. 36, 1, 80 § 15.

[2]) D. 46, 1, 15 (unten S. 340); 15, 1, 9 § 8; 14, 5, 5 pr.; 10, 3, 15 usw.

[3]) D. 11, 6, 3 pr.; 13, 6, 5 § 15; 30, 8 § 1. Vgl. wegen der Interpolationen Eisele, ArchZivPrax. 77, 434 f., 438; Binder, Korrealobligationen S. 372. 355. 331.

[4]) Um 180 n. Chr.? (vgl. aber Samter, Z²RG. 27, 1906, S. 170 ff.).

[5]) Dieser verwaschene und, wie er dasteht, gänzlich überflüssige Ausdruck dürfte schwerlich echt sein; auch sprachlich steht „das justinianische Allerweltswort quantitas" (Pernice, Labeo 2 Abt. 1² S. 282 f. N. 2 a. E.; einige Beispiele bei Seckel-Heumann s. v. quantitas Ziff. 1 a. E.) in schlechtem Geruche. Auf 'alterius *duplam*' möchte ich nicht raten, da es die Kompilatoren nicht angetastet hätten; aber etwa auf 'summam auctoritatis' (vgl. unten S. 341 N. 5)?

ditoris [ante diem, quo iudicatum facere compel*leretur*[1])], agere poss*it*. respondit [agere quidem] posse, [sed ex iusta[2]) causa ad officium iudicis pertinere, quo[3]) fideiussor aut defend*atur* aut liber*aretur*[4])].

Fraglich war also nur, ob der fideiussor condemnatus[5]) mit der Regreßklage bis zum Ablauf der Schonfrist[6]) zu warten habe; was von Scaevola mit Recht verneint wird. Würde nach dem damaligen Stande der Rechtsentwicklung schon dem *belangten* Bürgen der Regreß zustehen, so hätte die aufgeworfene Frage schlechterdings keinen Sinn. —

Steht es demnach für die Zeit des Marcellus und des Scaevola m. E. fest, daß sich erst an die *Verurteilung* des Bürgen ein wirksamer Regreßanspruch knüpft, so bleibt trotzdem die Möglichkeit offen, daß Ulpian in seinen Disputationen[7]) an der Sperrung des Regresses bis zur Verurteilung nicht mehr festhielt[8]), zumal schon für die Zeiten des Marcellus diese Sperrung innerlich nicht vollkommen einleuchten will.

Mit der *Litiskontestation* hat sich die kumulative Interzession des Bürgen in eine privative umgestaltet. Wäre die

---

[1]) Warum Imperfektum? Schrieb Scaevola: intra dies triginta iudicati? Vgl. die parallelen Interpolationen, die bei Seckel-Heumann Handlexikon s. v. constituere 3a (S. 99), legitimus 1 (S. 309 Sp. 2 unten) und statuere 2e zusammengestellt sind. — 'Iudicatum facere *compellere*' begegnet nur hier, s. V. I. R. I, 839, 25.

[2]) Mommsen: ista; vgl. übrigens den Erklärungsversuch von Tuhr S. 63.

[3]) Mommsen: quod.

[4]) Tempuswechsel! Vielleicht sind die oben eingeklammerten Worte unecht. Außer den von Mommsen mit Recht beanstandeten sprachlichen bzw. sachlichen Härten und außer dem Tempuswechsel erregt Bedenken die Gegenüberstellung aut defendatur aut liberaretur'; denn auch 'iudicium pro nobis accipiendo *liberari* possumus' (D. 46, 3, 23). Und statt des defendi erwartet man eine cautio defensum iri. Die Interpolation würde zu den erklärenden, nicht zu den korrigierenden gehören.

[5]) Auf den Unterschied, ob der fideiussor (neben der stipulatio duplae? oder bei der satisdatio secundum mancipium?) *beauftragt* oder unbeauftragt sich verpflichtete, scheint der Jurist kein Gewicht zu legen.

[6]) nicht bis zur Zahlung; sonst hätte Scaevola die (gegen Interpolation gefeiten) Worte wählen müssen: ante, quam iudicatum faciat.

[7]) Oben S. 337; geschrieben unter Caracalla.

[8]) Vgl. S. 343 N. 3.

Interzession von Haus aus eine privative gewesen, so hätte der Interzedent, wenigstens der unbeauftragte, sofortigen Liberationsregreß[1])[2]), schon ehe die Gefahr, die eigene Verbindlichkeit auch selbst erfüllen zu müssen, in seine unmittelbare Nähe gerückt ist. Wäre es nun nicht lediglich konsequent, falls die Interzession sich nachträglich in eine privative verwandelt hat, im Momente der Verwandlung dem Interzedenten eine actio neg. g. contraria zuzubilligen? Ich halte es in der Tat nicht für ausgeschlossen, diese Frage zu bejahen und den Grund, warum Marcellus und Scaevola die Bejahung unterlassen und notgedrungen dem Gestor die Last der Durchführung des Prozesses aufgehalst haben, in einer noch nicht überstiegenen Schranke des formellen Rechtes zu suchen.[3]) Die actio contraria des

[1]) D. 17, 1, 45 § 2 (abgedruckt oben S. 339 N. 5). Das 'negotia geris' ist im technischen Sinne zu verstehen (nicht im Sinn beauftragter Geschäftsführung); Paulus (1113 L.) bespricht zwar ex professo im Zusammenhang des 5. Buches ad Plautium das Mandat, zieht aber zur Vergleichung nicht nur die negotiorum gestio, sondern auch Tutel und Communio heran (Paul. 1113 b. c Lenel). — Die Entscheidung des Paulus ist gewiß keine Neuerung, vgl. Gaius D. 3, 5, 2.

[2]) Bei mandierter *Expromission* läßt Paulus (D. 17, 1, 45 § 3 i. f.: 'si pro te reus promittendi factus sim', was schwerlich bloß von surrogativer Interzession zu verstehen ist; fr. 45 cit. § 2 verglichen mit dem pr.) alsbald die actio mandati entstehen; Julianus D. 34, 3, 11 i. f. (526 L.) scheint allerdings im Promissionsauftrag zugleich einen Zahlungsauftrag zu erblicken (Tuhr S. 58). — Umgekehrt liegt im Zahlungsauftrag gewiß kein Expromissionsauftrag und gegen die Entscheidung in D. 17, 1, 45 § 4 erheben sich nicht nur sachliche, sondern auch sprachliche Bedenken (humanius est, vgl. H. Krüger, Z²RG. 19 (1898), 35 f.; in hoc casu, s. Gradenwitz Interpolationen (1887) S. 88 ff.; vgl. § 5: Quotiens *autem*); übrigens spricht sie dem mandatswidrig Expromittierenden erst mit dem Urteil die Mandatsklage zu. — Bei privativer Interzession durch *mandierte Prozeßübernahme* folgt die Unzulässigkeit der Befreiungsklage aus dem Satze, daß vor Beendigung des übernommenen Geschäfts regelmäßig keine Ansprüche aus dem Mandat geltend gemacht werden können (D. 17, 1, 45 § 1); für die *nicht mandierte* defensio dürfen daraus keine Folgerungen gezogen werden.

[3]) Also nicht im Wesen des Verbürgungsauftrags als eines Zahlungsauftrags; so Hasenbalg S. 694 ff., gegen ihn mit Recht Tuhr S. 61. Damit entfällt die Notwendigkeit, zwischen Verpflichtung des Bürgen *im* Auftrag und *ohne* Auftrag des Schuldners zu unterscheiden. — Daß der belangte Bürge seine Bürgschaftsschuld *bestreitet*, steht der Klage aus dem Mandat auf eventuelle Liberation nicht im Wege.

belangten Bürgen wäre darauf gerichtet gewesen, daß der Schuldner dem Bürgen sein litis contestatione teneri abnehme, also zur translatio iudicii[1]) mitwirke. Eine translatio iudicii aber, die zur Übertragung des Prozesses (und damit zur Übertragung der Haftung aus der Litiskontestation) vom Interzedenten (und zwar vom defensor) auf den materiellen Schuldner führt, kennen erst Papinian[2]), Ulpian[3]) und Paulus[4])[5]), und auch sie scheinen es unterlassen zu haben, die gewonnene und[6]) für die privative (bzw. surrogative) Interzession verwertete Erkenntnis auf die kumulative anzuwenden[7]), obgleich es, um von der translatio a defensore in dominum zur translatio a fideiussore convento in reum zu gelangen, nur noch einen einzigen Schritt gekostet hätte. —

[1]) Und zwar zu einer (wie wir sie nennen möchten) „freiwilligen" Translation. Gegensätze: Zwangstranslation (nach Kognitorenrecht) und Translationszwang (darüber unten S. 363).

[2]) D. 20, 6, 1 § 2: translatio iudicii a defensore in dominum. — Daß keinem vorseverischen Juristen die translatio a procuratore in dominum bekannt ist, hat auch Koschaker S. 52 gesehen.

[3]) D. 15, 3, 10 § 3 Satz 2 (unten S. 369 ff.): (naturaler) Anspruch des interzedierenden filius defensor auf Liberation schon ante condemnationem, zwar nicht expressis verbis behauptet, aber implicite vorausgesetzt. Diese Liberation kann nur bestehen in dem suscipere iudicium translatum.

[4]) D. 17, 1, 45 § 1: der beauftragte gewaltfreie defensor hat ex iusta causa vor der Zahlung (und Verurteilung) mandati actionem, ut liberetur (vgl. eod. § 5), d. h. 'ut transferatur iudicium in' dominum.

[5]) Tuhr S. 62 sagt, mit der litis contestatio sei die Möglichkeit der defensio des Bürgen durch den Hauptschuldner abgeschnitten. Allerdings — aber mit der l. c. setzt nach Ansicht der Spätklassiker die Möglichkeit der translatio iudicii ein, 'aut si nolit creditor obligationem mutare' (hier speziell: iudicium transferre), 'cavere tibi' (dem Interzedenten) 'debeo defensurum te' (D. 17, 1, 45 § 2 i. f.).

[6]) wenigstens von Ulpian (N. 3) und Paulus (N. 4); Papinian (N. 2) spricht sich nicht darüber aus, ob der dominus dem defensor gegenüber eine fällige *Verbindlichkeit* erfüllt, oder ob er ohne (fällige) Verbindlichkeit leistet, kann aber sehr wohl einen schon mit der l. c. einsetzenden Regreßanspruch des defensor gegen den dominus angenommen haben.

[7]) Vgl. jedoch, was Ulpian betrifft, unten S. 378—381. — Paulus ist im alten Geleise weitergefahren, D. 16, 1, 3: Sed si eum defendat (mulier), qui *damnatus* regressum ad eam habeat, veluti cum . . . *fideiussorem* suum defendat, intercedere non videtur. Vgl. auch Pap. D. 17, 1, 10 § 5.

Wir sind jetzt so weit, um zu Ulpians Disputationenfragment (oben S. 337 f.) zurückkehren zu können. Der naturale Liberationsanspruch des filius fideiussor negotia gerens gegen den Vater, für den er sich verbürgt hat, entsteht keinenfalls schon mit Eingehung der Bürgschaft [1]), sondern frühestens mit der Befreiung [2]) des Vaters durch die Litiskontestation (= Verwandlung der bisher kumulativen Interzession in eine privative), die der Gläubiger mit dem filius fideiussor vornimmt, und spätestens mit der Verurteilung des Sohnes. Von Convention oder Condemnation des Sohnes aus der Bürgschaft *muß* im echten Texte die Rede gewesen sein. Wir haben also zunächst die Wahl, ob wir in D. 46, 1, 10 § 2 hinter den Worten 'potest agi cum patre' einsetzen wollen: 'filio condemnato' oder 'filio convento'. [3]) Zugunsten von '*filio condemnato*' [4]) spricht nicht nur die Erwägung, daß der sichere Weg und Steg vor dem unsichern den Vorzug verdient, sondern auch, und zwar entscheidend, der

[1]) Dem Geschäft des Sohnes fehlt so lange die erforderliche utilitas, als dem Gläubiger noch der Angriff auf den Schuldner offen steht.

[2]) Damit ist das Hindernis beseitigt, das auch beim constitutum debiti alieni nach D. 15, 3, 15 (unten S. 345) einstweilen der actio de in rem verso entgegensteht. Über und gegen Tuhrs Behauptung (S. 150), daß dasselbe Hindernis bei der fideiussio filii pro patre obwalte, vgl. unten S. 345 N. 2.

[3]) Die zweite Alternative hat freilich zur (unsichern) Voraussetzung, Ulpian habe, als er unsere Disputationenstelle schrieb, schon den Gedanken an das in dem ungefähr gleichzeitigen Ediktskommentar (D. 15, 3, 10 § 3 i. f.) implicite angenommene *Zwangsrecht* zur translatio iudicii (unten S. 363. 378) gefaßt.

[4]) Die Kompilatoren haben dies gestrichen aus denselben Gründen wie in D. 15, 3, 10 pr., oben S. 336 N. 5; dafür einzusetzen: 'si filius creditori solverit', hinderte sie das unzweideutig auf den Anspruch des unbefriedigten Gläubigers hinweisende 'potest agi cum patre', während in der erwähnten Parallelstelle (vgl. auch D. 15, 3, 15, unten S. 345 ff.) nur geschrieben stand: 'in rem patris videtur versum'. Im Sinne der Kompilatoren wird letzteres untechnisch als Entstehungsgrund eines (naturalen) Erstattungsanspruchs des Sohnes zu verstehen sein. Dagegen bleibt unklar, was die Kompilatoren mit dem jetzigen Wortlaut von D. 46, 1, 10 § 2 sagen wollen (Konkurrenz der Klage aus der Hauptschuld mit einer gänzlich überflüssigen actio ex stipulatu de in rem verso?).

Umstand, daß Ulpian von einer *actio* (scil. *iudicati*)[1]) de in rem verso des Gläubigers spricht und nicht von einer translatio iudicii de in rem verso.[2])

c) Von einer actio iudicati de in rem verso bei kumulativer Interzession scheint in ihrem ursprünglichen Wortlaute noch eine dritte Stelle gehandelt zu haben, an deren Echtheit allerdings m. W. bisher Zweifel nicht geäußert worden sind. D. 15, 3, 15, Ulp. lib. 2 disputationum (49 L.):

> Si filius familias constituerit, quod pater debuit, videndum est, an de in rem verso actio dari debeat. atquin non liberávit patrem: nam[3]) qui constituit, se quidem obligat, patrem vero non liberat. plane si [solvat post constitutum], licet pro se videatur [solvisse, hoc est ob id, quod constituit], in rem tamen vertisse patris [merito dicetur].

Wiederum entzieht sich der Text, wie er in den Digesten überliefert ist, anerkanntermaßen jeder vernünftigen Erklärung im Zusammenhange des klassischen Rechts. Für das justinianische und gemeine Recht mag man sich immerhin in der Verzweifelung damit behelfen, *entweder* daß man wie in D. 15, 3, 10 pr. zu 'solvat' „*hinzudenkt*": '*mutuatus* ab alio'[4]) *oder* daß man aus der Zahlung[5]) einen naturalen oder

---

[1]) Dazu paßt auch das 'condemnari potest' im ersten Satz der Stelle; es bereitet unsere actio iudicati vor.

[2]) Die Auslegung, die Tuhr S. 148 f. unserer Stelle gibt, halte ich für unmöglich. Er meint, Ulpian (und zwar der überlieferte; an die Möglichkeit einer Interpolation denkt Tuhr nicht) lasse den Bürgschaftsregreß schon im Moment der *Anstellung* der Pekuliarklage (= Klage gegen den Sohn; vgl. auch oben S. 338 N. 1) fällig werden. Dies kann ich aus dem überlieferten Texte beim besten Willen nicht herauslesen. Unter „Anstellung" der Klage scheint Tuhr nicht die litis contestatio zu verstehen, sondern eine von dieser verschiedene conventio (vgl. auch S. 62 Mitte); sonst könnte er nicht (S. 150 Mitte, S. 151 oben) den Vater *aus der fideiussio* des Sohnes de in rem verso haften lassen.

[3]) Das in dem Nam-Satz Gesagte gilt auch beim Receptum, D. 13, 5, 28 (Gaius 120 L.).

[4]) So in der Tat Tuhr S. 150, der sich auch für das klassische Recht bei dieser Erklärung beruhigt. Also actio certae creditae pecuniae ohne Nennung ihres Tatbestandes in der Stelle.

[5]) Mit Mitteln des peculium profecticium oder (quasi) castrense oder der bona adventicia.

zivilen *Erstattungs*anspruch des Sohnes gegen den Vater sich entfalten läßt.[1]) —

In dem Konstitut des Sohnes für eine materiell den Hausvater angehende Schuld liegt eine kumulative Interzession. Aus dem constituere debitum patris als solchem erwächst dem Sohne so wenig ein Naturalregreß als aus dem fideiubere pro patre; bis auf weiteres ist zwar dem Gläubiger ein Vorteil verschafft (filius se quidem obligat), nicht aber dem pater debitor (patrem vero non liberat). Daher wird von Ulpian auf die Frage nach einer dem Konstitutsgläubiger zu gewährenden actio[2]) de in rem verso energisch abgewinkt.[3]) Mit den Worten '*plane* si' leitet Ulpian offensichtlich zu einer Entwickelung des Tatbestandes über, die zu einer *Bejahung* der Frage[4]) führen kann. Eine für die actio de in rem verso des Gläubigers günstige Entscheidung ist aber nur möglich, wenn der Vater durch den Sohn von der Hauptschuld befreit wird ohne Befreiung des Sohnes von seiner Nebenschuld (bzw. einem Surrogate derselben) und ohne Wechsel in der Person des Gläubigers. Dieser Rechtserfolg läßt sich bestenfalls erreichen auf dem Wege der *Litiskontestation*[5]) des Gläubigers mit dem Sohne, die im Verlauf des Prozesses zu einer Verurteilung des Sohnes, damit[6]) zu einem naturalen Befreiungsanspruch des Sohnes gegen den Vater und gleichzeitig zur Entstehung

---

[1]) Vgl. oben S. 344 N. 4. Natürlich wäre damit die zu Anfang von Ulpian aufgeworfene Frage trotz des 'plane si' auch für den zweiten Tatbestand der Stelle *verneint*.

[2]) scil. de pecunia constituta.

[3]) atquin, d. h.: „von dieser actio kann keine Rede sein; denn" usw.

[4]) Die Bejahung des ediktmäßigen filium in rem vertisse patris enthält natürlich die Bejahung der Frage nach dem actionem de in rem verso dari; vgl. oben S. 335 N. 7.

[5]) Nicht auch der Novation; denn nicht einmal bei der Korrealität kommt ihr Gesamtwirkung zu, wenn sie unter denselben Subjekten vorgenommen wird (anders bei Delegation und Expromission); so Binder, Korrealobligationen S. 212 ff. Übrigens liegt der Gedanke an eine Novation für unser fr. 15 gänzlich abseits; eine Novation wäre auch von den Kompilatoren nicht ausgemerzt worden.

[6]) spätestens, vgl. oben S. 338 ff., insbes. S. 343 N. 7, unten S. 378 ff. Den von Tuhr S. 150 f. angenommenen Gegensatz zwischen D. 15, 3, 15 und D. 46, 1, 10 § 2 kann ich nicht anerkennen.

einer actio *iudicati* de in rem verso des ehemaligen Konstitutsgläubigers führen kann.

Hat nun — darauf kommt alles an — die Belangung des filius qui constituit Konsumptionswirkung zugunsten des Hauptschuldners?[1]) Über diese Frage[2]) herrschte bekanntlich unter den Klassikern ein alter Streit, der auch zur Zeit Ulpians noch nicht ausgetragen war. D. 13, 5, 18 § 3, Ulp. lib. 27 ad edictum (796 L. sub titulo De pecunia constituta,[3]) ad formulae condemnationem):

> Vetus fuit[4]) dubitatio, an qui hac actione egit, sortis obligationem consumat. et tutius est dicere solutione potius [ex hac actione facta][5]) liberationem[6]) contingere, non litis contestatione, quoniam solutio ad utramque obligationem proficit.

Den Grund der vetus dubitatio sehe ich mit Eisele[7]) darin, „daß die akzessorische Natur des Konstituts trotz der Verschiedenheit der causa zur Annahme von eadem res führen zu müssen schien". Ich füge bei, daß in der nur halben Akzessorietät des Konstituts der Grund für die Unsterblichkeit der theoretischen Kontroverse zu liegen

[1]) Man könnte die Frage auch dahin formulieren, ob im Falle des sog. constitutum debiti alieni Korrealität oder bloße Solidarität gegeben sei — wenn es nicht den Vorzug verdiente, die Bezeichnung des Haupt- und des Nebenschuldners als zweier 'correi' grundsätzlich zu vermeiden; vgl. Levy, Sponsio (1907) S. 69 N. 2.

[2]) Oder vielmehr über die verwandte Frage, ob beim sog. constitutum debiti *proprii* die Litiskontestation nur die angestellte actio de pecunia constituta oder auch die alte Klage konsumiere. So unzweifelhaft D. 13, 5, 18 § 3 (s. unten) nur das constitutum der eigenen Schuld im Auge hat, so unbedenklich ist nach der jetzt überwiegenden Annahme die Verwertung der Stelle für das constitutum der fremden Schuld. Vgl. Eisele, ArchZivPrax. 77 (1891), 462 f.; Binder S. 156.

[3]) Vom receptum kann die Stelle auf keinen Fall handeln; vgl. unten S. 348 N. 5.

[4]) Das Perfectum ist nicht zu premieren, wie das 'tutius est' beweist. Vielleicht hat erst Tribonian den Streit in den Schoß der 'Vergangenheit' versenkt.

[5]) Ebenso schief wie das ['solvisse hoc est ob id, quod constituit'] in unserem fr. 15 D. 15, 3 (unten S. 349 N. 5) und schlechter formuliert.

[6]) Vgl. Eisele, ArchZivPrax. 77 (1891), 413 N. 37.

[7]) Eisele a. a. O. S. 463.

scheint. Die Anhänger der Konsumptionstheorie konnten sich auf die *genetische* Akzessorietät stützen: zur Zeit der Eingehung des Konstituts muß die Hauptschuld bestehen[1]) — also eadem res. Die Solutionstheorie hielt sich an den *Mangel* der *funktionellen* Akzessorietät: der Konstituent bleibt verpflichtet, auch wenn die Hauptschuld nach dem Konstitutum untergegangen ist[1]) — also nicht eadem res. Beide Theorien fußten auf dem Satze[2]), daß durch das Akzessionsverhältnis die Identität der causa ersetzt werde[3]), es also zu halten sei, als ob zur Identität der Leistung die eadem causa hinzugetreten, m. a. W. eadem res und Konsumptionsverhältnis wie bei der Korrealität begründet wäre.[4]) Die Einen ließen sich aber an der halben Abhängigkeit genügen, die Gegner verlangten volle Abhängigkeit, um die Konsumptionswirkung der mit dem Nebenschuldner vollzogenen Litiskontestation zu vermitteln.[5]) Auf theoretischem Wege war der Kampf schwerlich zu schlichten, da jede Partei über zu starke Gründe verfügte, um von der andern zu Boden gezwungen zu werden[6]); jedenfalls *ist* der Streit theoretisch unentschieden geblieben.

---

[1]) D. 13, 5, 18 § 1.

[2]) Eisele a. a. O. S. 423. 431. 462; vgl. auch Geib, Bürgschaftsrecht (1894) S. 14; Levy, Sponsio S. 110 N. 1; a. M. Binder a. a. O. S. 397 ff.

[3]) Z. B. im Verhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen, sowie zwischen mehreren nicht gleichzeitig eingetretenen Bürgen.

[4]) So die m. E. nicht widerlegte Theorie von Eisele.

[5]) Beim receptum hätte ein ähnlicher Streit niemals entbrennen können; denn dieses war nicht akzessorisch, vgl. Lenel Z²RG. 2 (1881), 62 ff. und Bekker, ebenda 3 (1882), 9.

[6]) Daher kann ich Eisele (a. a. O. S. 463) nicht zustimmen, wenn er das gegen die Konsumptionstheorie ausschlaggebende Moment in dem mit der actio de pec. const. zu erzielenden 50%igen Zuschlag vermutet. Wie es möglich gewesen sein soll, daß, wenn zuerst die Klage aus der Hauptobligation angestellt war, auch nach erfolgter Zahlung der Hauptsumme immer noch die Klage aus dem Konstitut wegen der 50% angestellt werden konnte, ist mir nicht klar geworden; Voraussetzung der poena (Gai. IV, 171) ist unwahre Infitiation der Schuld aus dem Konstitut (nicht der Hauptschuld) und nach der Zahlung der Hauptsumme ist doch die Schuld aus dem Konstitut erloschen. — Binder a. a. O. S. 156 f. 355. 398 will im Falle des constitutum debiti alieni Korrealität annehmen, der Solutionstheorie für ihren Widerspruch gegen die allein konsequente Konsumptionstheorie

In seinem exoterisch gehaltenen *Ediktskommentar* läßt Ulpian die wissenschaftliche Kontroverse auf sich beruhen und gibt er seinem Lesepublikum von Praktikern den Rat, um sicher (tutius) zu gehen, um dem Gläubiger auf keinen Fall Unrecht zu tun, sich der konsumptionsfeindlichen Meinung anzuschließen. — Eine andere Haltung wird der Rechtslehrer Ulpian in seinen *Disputationen* eingenommen haben: hier konnte er eine Erörterung der vetus dubitatio mit Gründen pro und contra kaum umgehen.[1])

Damit nehmen wir den Faden der Auslegung von D. 15, 3, 15 wieder auf.

Vermutlich[2]) hat Ulpian die Erörterung (oben S. 346) folgendermaßen weitergeführt. Plane si *condemnatus sit*[3])—: ist der Sohn aus dem Konstitut belangt und verurteilt, so kommt es auf die Stellung zur Konsumptionsstreitfrage an, ob eine actio iudicati de in rem verso gewährt werden kann oder nicht. Entscheidet man sich für das Vorliegen von eadem res, so lautet das Ergebnis für die Versionsklage: *filium liberasse patrem* und: licet pro se[4]) videatur *iudicium suscepisse*[5]), in rem tamen vertisse patris.[6])

(S. 392) Billigkeitsgründe unterstellen und aus der vetus dubitatio bzw. dem 'tutius' entnehmen (S. 157), daß die römischen Juristen *keinen dogmatischen*, prinzipiellen *Grund* hatten, die eadem res zu verneinen.

[1]) Auch wird er mit seiner, uns unbekannten, esoterischen Überzeugung nicht hinter dem Berge gehalten haben.

[2]) Über Vermutungen wird, wie so oft bei positiver Rekonstruktion, nicht hinauszukommen sein.

[3]) So wird das unbrauchbare 'solvat', mit dem die Kompilatoren auf das tote Geleise des Erstattungsanspruchs (oben S. 345/6) geraten sind, zu ersetzen sein. Das lahme und überflüssige 'post constitutum' ist ersatzlos zu streichen; oder sollte der echte Ulpian auf die sponsio dimidiae partis (etwa im Sinne der oben S. 330 N. 2 besprochenen Stelle) eingegangen sein?

[4]) Vgl. unten S. 352 N. 5.

[5]) So könnte Ulpian statt des unmöglichen 'solvisse' geschrieben haben. Das müssige 'hoc est ob id, quod constituit' (vgl. oben N. 3, auch wegen der möglicherweise heranzuziehenden sponsio dimidiae partis; vgl. ferner oben S. 347 N. 5) kann wegfallen; über 'hoc est' als Einleitung interpolierter Zusätze vgl. Eisele, Z²RG. 11, 4 ff.

[6]) Wäre 'merito dicetur' echt (was dahingestellt bleiben muß), so entpuppte sich Ulpian als wissenschaftlicher Anhänger der Quasikorrealität beim Konstitut.

Leugnet man dagegen die eadem res, so hat der Gläubiger abgesehen von der actio iudicati de peculio immer noch den klagbaren Hauptanspruch gegen den Vater, dagegen mangels Befreiung des Vaters keine actio iudicati de in rem verso.

Dürfen wir vorstehende Rekonstruktion zugrunde legen, so haben die Kompilatoren Ulpians Text zusammengestrichen und eine der Entscheidungen nach demselben Rezepte zurechtgemacht wie D. 15, 3, 10 pr. Wiederum verstanden sie zwei Fliegen mit einer Klappe zu schlagen: D. 15, 3, 15 geriet nicht in Widerspruch mit dem Leitgedanken von C. 8, 40, 28 und andrerseits war die Stelle wenigstens scheinbar für die versio in rem gerettet.

B. *Privative Interzession des Sohnes für den Vater.*

a) Anfängliche privative Interzession *durch defensio.* D. 15, 3, 10 § 1, Ulp.[1]):

> Cui simile est, quod Papinianus libro nono quaestionum[2]) scribit, si filius quasi defensor patris iudicium susceperit et sit condemnatus, de in rem verso teneri patrem: [namque filius eum iudicio suscepto liberavit].[3])

Der Sohn übernimmt das iudicium als — unbeauftragter — Defensor des Vaters wegen einer *materiell* ihm, *dem Sohne fremden*[4]) Schuld. Durch seine Defension[5]) hat

[1]) Vgl. oben S. 335.

[2]) Pap. 160 Lenel.

[3]) Vgl. oben S. 337 N. 1.

[4]) Dies ergibt sich einmal daraus, daß das Gegenteil nicht ausgesprochen ist, sodann aus dem Gegensatz zu § 3 eod., wo von Defension des Vaters gegen eine materiell zunächst den Sohn angehende Forderung (und von surrogativer Interzession des Sohnes) gehandelt ist, vgl. unten S. 353ff. — Im übrigen ist es gleichgültig, ob der Vater materieller Schuldner ist oder ob er (z. B. als Bürge) *im Verhältnis zu Dritten* bloß formell schuldet.

[5]) Eisele Cognitur (1881) S. 126 meint, die defensio sei nur condicio sine qua non für die Befreiung, ihre causa efficiens bilde die Handlung des Klägers und unser § 1 drücke sich ungenau aus. Dies kann schwerlich zugegeben werden; denn da Konsumptionsgrund die Litiskontestation ist, diese aber eine Willenserklärung wie des Klägers so des Beklagten voraussetzt, so ist das iudicium suscipere in demselben Maße causa efficiens wie die Klägerhandlung.

er den Vater befreit.[1]) Die Interzessionsschuld des Sohnes besteht in einem litis contestatione teneri.[2]) Da Papinian[3]) von einer translatio iudicii[4]) de in rem verso (als einem Zwangsrechte gegen den Gewalthaber)[5]) noch nichts weiß, so muß zu seiner Zeit die condemnatio des Sohnes abgewartet werden; mit der condemnatio ist die Möglichkeit gegeben, dem Gläubiger die gegen den filius procurator[6]) erwachsene *actio* iudicati gegen den Vater de in rem verso zu gewähren.[7]) Nicht der angebliche Umstand, daß der naturale Regreßanspruch des Sohnes gegen den Vater erst mit der Verurteilung fällig würde[8]), hindert einstweilen die Belangung des Vaters de in rem verso, sondern das aktionenrechtliche Vakuum, das während des Schwebens des Prozeßverhältnisses, vor Begründung des iudicatum facere oportere des Sohnes[6]), eine *actio* de in rem verso ausschließt.

b) Anfängliche privative Interzession *durch* sog. *expromissio.* D. 15, 3, 10 § 2, Ulp.[9]):

> Idem tractat Papinianus[10]) et si, quod patrem dare oporteret, a filio sim stipulatus et ita convenerim filium[11]),

---

[1]) Vgl. Erman Z²RG. 19 (1898), 325 N. 2. So auch noch nach justinianischem Recht; vgl. D. 46, 3, 23. Die neue C. 8, 40, 28 kam hier den Kompilatoren nicht in die Quere.

[2]) Vgl. D. 16, 1, 2 § 5: si ... defensor alicuius exstiterit, procul dubio intercedit: suscipit enim in se alienam obligationem, quippe cum ex hac re subeat condemnationem.

[3]) Seine Quaestiones sind vor 198 vollendet.

[4]) Vgl. oben S. 343 N. 1, unten S. 353. 358. 364. 378.

[5]) Vgl. unten S. 363. 378.

[6]) Falls er gewaltfrei wäre; vgl. oben S. 326/7, unten S. 359 N. 3.

[7]) Der durch die Litiskontestation befreite Vater haftet dem Gläubiger der Sache nach gerade so, wie wenn nicht der Sohn, sondern er selbst auf die actio sich eingelassen hätte und verurteilt worden wäre. Nur formell besteht der Unterschied, daß der Vater nun nicht suo nomine, sondern adjektizisch aus dem Judikate haftet.

[8]) So Tuhr S. 145. Seine Meinung trifft nur für die mandierte Prozeßübernahme zu (oben S. 342 N. 2 a. E.), dagegen m. E. nicht für die unbeauftragte (oben S. 342 N. 1), an die hier zu denken ist; vgl. übrigens Tuhr selbst S. 60 Mitte.

[9]) Vgl. oben S. 335. 350.

[10]) Vgl. ob. S. 350 N. 2.

[11]) Ist hier zu ergänzen: et filius condemnatus sit? Nein, denn Ulp.-Pap. deuten das (wohl aus stilistischen Gründen) nicht nochmals

nam et hic de in rem verso fore actionem: nisi si donare patri filius voluit, dum se obligat.

Der Sohn übernimmt im Wege der Novation[1]) eine materiell ihn nicht angehende[2]) Schuld seines Vaters. Seine Interzessionsschuld besteht also zunächst in einem dare facere oportere. Darin liegt ein Gegensatz zum Tatbestande des pr.[3]) und des § 1 der Stelle, in denen beidemal die privative Interzession alsbald dadurch erfolgt, daß der Sohn ein litis contestatione teneri auf sich lädt. Belangt nun der Gläubiger den filius promissor aus der Novationsstipulation, so ist zwar der Sohn zur Einlassung auf die Klage gezwungen[4]) und besorgt er insoferne mit dem iudicium accipere sein eigenes Geschäft[5]): an dem nur formellen Charakter seiner Haftung aus der Streitbezeugung ändern diese Tatsachen, wie wir bereits wissen[6]), nichts.[7]) Der expromittierende Sohn hat regelmäßig[8]) einen alsbald

---

ausdrücklich erwähnte Tatbestandsstück auf feine Weise selbst an. Es heißt nicht: si . . . convenerim filium, . . . de i. r. v. *esse*, sondern *fore* actionem (scil. iudicati); was sich zwischen Vergangenheit und Zukunft noch einstellen muß, ist eben die condemnatio filii.

[1]) Die Kompilatoren haben es versäumt, in den Tatbestand der Stelle zu den Worten 'a filio sim stipulatus' den animus novandi hineinzubringen, der ja nach C. 8, 41, 8 unerläßliche Novationsvoraussetzung war und der zu so vielen emblemata Triboniani (vgl. zuletzt und abschließend Levy, Sponsio, 1907, S. 32—34) Anlaß gegeben hat. — An das 'anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere' (C. 8, 41, 8 pr.), d. h. an nachträgliche Begründung passiver Korrealität durch die promissio filii, haben die Kompilatoren schwerlich gedacht; sonst hätten sie wegen C. 8, 40, 28 § 2, wie im principium der Stelle, nach 'stipulatus' fortfahren müssen: 'et filius creditori solverit', und aus 'de in rem verso fore actionem' hätte werden müssen: 'in rem patris videri versum'.

[2]) Vgl. oben S. 350 N. 4.

[3]) Der zweite Unterschied vom pr. besteht darin, daß in § 2 die privative Interzession eine anfängliche ist.

[4]) Ebenso wie der filius fideiussor (oben S. 336 ff.) und der filius qui constituit (oben S. 346 ff.).

[5]) Dies betont mit Recht Tuhr S. 143 N. 1; vgl. oben S. 349 N. 4.

[6]) Vgl. oben S. 334 N. 5.

[7]) Deshalb kann sich der Gläubiger ruhig auf die Novation einlassen, ohne eine Minderung der Haftung des Vaters befürchten zu müssen; vgl. Tuhr S. 144.

[8]) Über Ausnahmen, insbesondere über die im Schluß unseres § 2 enthaltene Ausnahme vgl. Tuhr S. 143/144. 197. Trotzdem sich

fälligen[1]) Liberationsanspruch gegen den Vater, mag er noch aus der Stipulation oder bereits aus der Litiskontestation haften. Der Gläubiger hätte zweifellos schon aus der Stipulation gegen den Vater de in rem verso vorgehen können. Wählt er die direkte Klage gegen den Sohn ex stipulatu, so muß er, um sich de in rem verso an den Vater halten zu können, erst die Verurteilung des Sohnes herbeiführen. Während des Schwebens des iudicium ist aus dem oben[2]) berührten Grunde, bei dem Stande der Entwickelung des Aktionenrechts unter Papinian, die Versionsklage gesperrt.

C. *Surrogative Interzession des Sohnes für den Vater* (durch Übernahme der actio de peculio).

Privative Interzession liegt nicht vor, wenn der Geschäftsführer, der sich obligiert, den Geschäftsherrn von einer Schuld befreit, die *materiell den Geschäftsführer selbst angeht.*

Defendiert also z. B. der Hauptschuldner den Bürgen gegen die Klage aus der Bürgschaft mit Liberationseffekt[3]), so ist der Hauptschuldner materiell sein eigener Defensor und erlischt das Geschäftsführungsverhältnis (obligatio mandati oder negotiorum gestorum).[4]) —

Defendiert der Sohn den Vater gegen eine actio de peculio und gründet sich diese Klage auf eine materiell dem Vater fremde Geschäftsschuld des Sohnes[5]), so kann von *privativer* Interzession[6]) so wenig die Rede sein wie im vorigen Falle, da die Haftung de peculio nur formelle[7])

der angehängte Nisi-Satz des § 2 in gemischter Gesellschaft befindet (vgl. die Zusammenstellung bei Seckel-Heumann s. v. nisi), kann und wird er echt sein.

[1]) Vgl. oben S. 342. 351.

[2]) S. 351.

[3]) Der Tatbestand ist quellenmäßig: D. 16, 1, 3; 16, 1, 13 pr.

[4]) In D. 3, 3, 42 § 2 (Paul. 167 L.) erlischt die actio ex pristina causa mandati nur deshalb nicht, weil der Hauptschuldner, der den Bürgen defendiert, nicht als procurator, sondern als cognitor eingetreten ist, der Bürge also noch aus der von ihm geleisteten cautio iudicatum solvi in Anspruch genommen werden kann.

[5]) Vgl. S. 354 N. 4.

[6]) Tuhr S. 145 nimmt privative Interzession an.

[7]) Sonst würde dem eventuell entstehenden Deduktionsrechte des Vaters auf die volle Summe (oben S. 330) der innere Grund fehlen.

Haftung ist.[1]) Trotzdem wird aus der Verurteilung des Sohnes, die natürlich nur usque ad peculii quantitatem zur Zeit des Judikats ergeht, eine actio iudicati de in rem verso gegeben. D. 15, 3, 10 § 3 Satz 1, Ulp.[2]):

> Quare potest dici et si de peculio[3]) actionem[4]) quasi defensor[5]) patris susceperit[6]), teneri patrem de in rem verso usque ad peculii quantitatem[7]): cuius sententiae id erit emolumentum, ut si finita sit actio[8]) de peculio, de in rem verso conveniatur . . .

Ulpian, der lediglich die von Papinian begonnene Gedankenentwickelung weiterführt (*quare* potest dici *et* si), geht offensichtlich davon aus, daß durch die Prozeßübernahme des Sohnes, trotz des sich aufdrängenden gegenteiligen Anscheines[9]), eine *Interzession* für den Vater erfolgt sei und der Sohn, dumtaxat de peculio belangt und verurteilt, einen Liberationsanspruch[10]) gegen den Vater gewonnen habe; sonst würde für den Gläubiger auch keine actio iudicati de in rem verso (usque ad peculii quantitatem) herausspringen können.

---

[1]) Bezahlt der Sohn die Pekuliarschuld *suo* nomine, so hat das peculium, trotz der Befreiung des Vaters von der adjektizischen Haftung, keinen Erstattungsanspruch (vgl. Tuhr S. 146 oben); bezahlt der Sohn *patris* nomine, so kann die Entscheidung nicht anders lauten.

[2]) Vgl. oben S. 335. 350. 351.

[3]) Wegen einer Geschäftsschuld gerade des filius defensor (nicht etwa einer anderen derselben Gewalt unterworfenen Person), wie Tuhr S. 145/6 zutreffend bemerkt.

[4]) Neben welcher selbstverständlich keine actio de in rem verso steht.

[5]) ohne Auftrag; vgl. Bekker, ZHR. 4, 531.

[6]) Hier ist aus dem Zusammenhang des Vorhergehenden (anders als oben S. 351 N. 11) allerdings in Gedanken zu ergänzen: 'et sit condemnatus (dumtaxat de peculio)'. Mit dieser Ergänzung rechnen im Folgenden zwar noch nicht die Worte 'teneri patrem' usw. (sie könnten an sich auch auf eine translatio iudicii de in rem verso bezogen werden); wohl aber die 'actio' sowie das 'conveniri', und vollends das 'et ante condemnationem' in Satz 2.

[7]) Vgl. unten S. 358 N. 4.

[8]) scil. iudicati.

[9]) Die Unsicherheit seiner von Autoritäten nicht getragenen Entscheidung gibt Ulpian selbst zu (*potest* dici).

[10]) Ob seine Fälligkeit mit der Belangung oder mit der Verurteilung eintritt, wird sich unten S. 358 ergeben.

Ulpians Entscheidung, deren Erklärung nicht geringe Schwierigkeiten bereitet, wird nur verständlich durch die Annahme, daß sich *mit der Belangung des Vaters* de peculio *die formelle Vaterschuld in eine materielle*[1]) *verwandelt*[2]), daß also der Sohn, wenn er den Vater defendiert, durch einstweilige Ersparung des (in seinem Betrag nicht stabilen, sondern labilen) patrem litis contestatione bzw. iudicati de peculio teneri seinem Vater den Dienst der *surrogativen* Interzession[3]) leistet[4]), die im Ergebnis möglicherweise zu einer Erleichterung der *Pekuliar*haftung des Vaters führt. Um zu zeigen, wie Ulpians schöpferischer Gedanke sich in die Rechtskonsequenz eingliedert[5]), ist ein Blick zu werfen auf die Situation des Vaters a) *vor* der Belangung mit der actio de peculio, b) *nach* seiner Belangung und Verurteilung

---

[1]) Und zwar, wie wir sehen werden, in eine nach Existenz und (schwankendem) Umfang *schwebend materielle* Schuld.

[2]) Damit muß auch das Deduktionsrecht des Vaters wegfallen oder mindestens eine Verkürzung erfahren (was in der Tat zutrifft, s. unten S. 356/7. 358 N. 6).

[3]) Negativ ausgedrückt: der Sohn macht sich weder zum kumulativen Formalschuldner *neben* dem materiell schuldenden Vater (oben S. 335 ff.) noch *nimmt* er dem Vater eine den letzteren *materiell angehende* (genauer: eine materiell dem Sohne fremde) bereits bestehende Verbindlichkeit *ab* (oben S. 350 ff.).

[4]) Warum dies der Fall ist, darüber verliert Ulpian leider kein Wort. Vielleicht dachte er, der ganz unterrichtete Leser bedürfe einer weiteren Belehrung nicht und dem gewöhnlichen Publikum, an das sein praktisches Handbuch sich wendet (vgl. oben S. 349), könne er sich in Kürze doch nicht verständlich machen. — Den Eindruck, als ob sie von den Kompilatoren zusammengestrichen wäre, erweckt die Stelle nicht. Möglich bleibt es trotzdem; die Begründung könnte sich z. B. an das Ende des überlieferten § 3 angeschlossen haben.

[5]) Zum Folgenden (S. 355—358) vgl. die scharfsinnige Begründung, die Tuhr S. 146/7 für den Naturalanspruch des Sohnes geliefert hat. Eine andere Begründung zu finden dürfte unmöglich sein; die (mühelos mögliche) Umsetzung in die Sprache der Bereicherungstheorie wäre keine andere Begründung. — Keinenfalls darf man an das Recht des Sohnes denken, *nach Beendigung der potestas* durch den Tod des Hausvaters seine persönliche Haftung auf das nicht an ihn gefallene *peculium* überzuwälzen; vgl. zum Überwälzungsrecht Bekker, ZHR. 4 (1861), 522 ff. 525 und Mandry 2, 53. 176 ff. 296 ff.

de peculio, c) nach der Belangung und Verurteilung des *filius* defensor de peculio.

a) Rechtslage des mit actio de peculio haftenden Vaters vor der Belangung. — Hat er gegründeten Verdacht, daß das peculium insolvent sei, so wird er vor der Erfüllung nicht blos den Pekuliarwert feststellen[1]) [z. B. auf 80], sondern zwecks Deckung zugleich mit der Zahlung das ganze peculium [80] einziehen.[2]) Tut er dies, so läuft er nicht die Gefahr späterer Minderung des peculium; tut er es nicht, so läuft er nicht das Deduktions-, sondern ein Kreditierungsrisiko.

b) Rechtsstellung des Vaters nach *seiner* Belangung und Verurteilung de peculio. — Wird der Vater de peculio belangt [z. B. am 1. I.; Pekuliarwert 120; Betrag der Sohnesschuld 100] und verurteilt [z. B. am 1. IV. auf 50][3]), so erwächst ihm *mit der Verurteilung*[4]) ein Deduktionsrecht in Höhe der Judikatssumme [50].[5]) *Vom Moment des Urteils ab* [1. IV.] *trägt der Vater*, und nicht mehr der Gläubiger, *das Risiko* der Ebbe im peculium. Das Deduktions- bzw. Ademptionsrisiko kann er durch schleunige Vornahme der effektiven Deduktion (= Ademption) zu mindern suchen; ob ihm dieser Versuch gelingt (oder mißlingt bei mortes servorum, zeitweiliger Unerreichbarkeit der Pekuliarsachen wegen Abwesenheit des Sohnes usw.), ist nicht Diligenz-, sondern Glückssache. Sein Deduktionsrisiko beträgt in unserm Beispiel [50 bis 0].[6]) Soweit der Vater Deckung im

[1]) Dies zu tun ist sein gutes Recht; die mit der Untersuchung des Reinbetrags des Sonderguts (m. a. W. des gegenwärtigen Betrags seiner Pekuliarschuld) verbundene Verzögerung versetzt den Vater nicht in Verzug.

[2]) Oben S. 330. Einziehung bei der Zahlung geschieht sine dolo malo.

[3]) Während des Pekuliarprozesses gegen den Vater trägt der Gläubiger das Risiko des Abschwellens des peculium.

[4]) Vorher kann er auch nicht (zwecks Sicherung) adimieren, ohne sich den Pekuliargläubigern gegenüber haftbar zu machen. Vgl. Mandry 2, 402.

[5]) Oben S. 330. Daß der Sohn schon mit der Belangung des Vaters von seiner Schuld liberiert worden ist, bleibt ohne Einfluß auf die Fälligkeit des Deduktionsrechts. Vgl. auch D. 10, 3, 15.

[6]) Die Frage, ob rursus aucto peculio die Restschuld ein-

Sondergute[1]) nicht vorfindet, ist *die Pekuliarschuld* im Erfolge *materielle Schuld des Vaters.*[2])

c) Rechtsstellung des Vaters, wenn der Sohn ihn gegen die actio de peculio defendiert hat [1. I.][3]) und verurteilt worden ist [1. IV.]. — Aus der Verurteilung des Sohnes usque ad peculii quantitatem [auf 50] haftet der Vater[4]) dumtaxat de peculio mit der actio iudicati. Wird er belangt [16. V.] und ist die Gültigkeit des Judikats unbestritten, dagegen der Pekuliarwert streitig, so wird über die Judikatforderung lis kontestiert und wird der Vater [16. VIII.] auf den vielleicht wieder gesunkenen Pekuliarwert [von 5] verurteilt. — Den Betrag der neuen Urteilssumme [5] kann der Vater vom Pekulium deduzieren. Sein Deduktionsrisiko beträgt in unserm Beispiel nur noch [5 bis 0]. *Die Gefahr* der Sondergutsverminderung [von 50 auf 5] *trägt vom Zeitpunkt des Urteils* im Pekuliarprozeß gegen den filius defensor [1. IV.] *ab* bis zum Urteil im Judikatsprozeß [16. VIII.] *der Gläubiger*[5]) und nicht schon der Vater.[6])

---

geklagt werden kann (D. 15, 1, 30 § 4; iudicium rescissorium? vgl. Gradenwitz Z²RG. 27, 1906, 250ff.), ob also der Neuerwerb des Sohnes [über 50 hinaus] von wiederholter Deduktion betroffen werden kann, interessiert uns hier nicht.

[1]) Das Deduktions*recht* findet seine Grenze im jeweiligen Bestande des Pekulium; s. Bekker, ZHR. 4, 517 ff.

[2]) Nicht anders als bei der Verurteilung des Vaters de peculio stünde es m. E. in dem (von den Klassikern, soweit wir sie haben, nicht erörterten) Falle, daß der Vater durch expromissio eine materielle Sohnesschuld übernimmt. Aus der Novationsstipulation entstünde eine Schuld [100], die von Haus aus den Vater materiell (mit)beträfe; er trüge alsbald das Deduktionsrisiko [100 bis 0].

[3]) Wozu er weder dem Vater noch dem Gläubiger gegenüber verpflichtet ist.

[4]) Im Gegensatz zum Bürgen, der durch die Defension des reus procurator endgültig befreit wird.

[5]) Ob der Gläubiger diese Gefahr, wie Tuhr S. 147 meint, abwälzen kann auf „den *Sohn*, aus dessen späterem eigenen Vermögen der Gläubiger den Ausfall“ [in unserm Beispiel: 45], „den er bei der actio iudicati de peculio erleidet, eintreiben wird“, ist nicht unzweifelhaft. Die actio iudicati gegen den Sohn (und seine Sponsoren, unten S. 376 N. 3) ist durch ihre Anstellung gegen den Vater konsumiert und ob sie i. i. restituiert wird, steht dahin.

[6]) Wie es der Fall wäre, wenn der Vater den Passivprozeß selbst geführt hätte, oben litt. b.

Durch den Zeitunterschied, den die Defension des Sohnes mit sich bringt, verschieben sich die Chanzen[1]) für beide Parteien, also auch zugunsten des Vaters, zu*un*gunsten des Gläubigers. Daraus folgt: die Prozeßübernahme des Sohnes stellt sich als surrogative Interzession, als ein negotium utiliter coeptum dar, aus dem sich alsbald[2]) ein Naturalregreß des Sohnes auf Befreiung, d. h. auf translatio voluntaria entwickelt. Vom Standpunkt Papinians[3]) aus freilich muß der Versionsgläubiger, mangels der noch unbekannten translatio (necessaria) de in rem verso, bis zur Verurteilung des Sohnes sich vertrösten lassen; erst nach dem Judikat usque ad peculii quantitatem[4]) [50] im Pekuliarprozesse [1. IV.] kann vom Gläubiger die *actio iudicati* de in rem verso[5]) gegen den Vater erhoben werden.[6])

Unbefriedigt von diesem Ergebnis schwingt sich Ulpian im Satz 2 des § 3 zu der bis heute unverstandenen[7]) Idee der translatio iudicii de in rem verso empor (unten S. 369 ff.).

---

[1]) der labilen Verurteilung de peculio und damit des Deduktionsrisikos.

[2]) Vgl. oben S. 342 N. 2 am Anfang; S. 343 N. 2—4.

[3]) Vgl. oben S. 351. 353.

[4]) Sache und Ausdruck sind nicht zu beanstanden. Freilich begegnen anderswo ähnliche Wendungen tribonianischen Ursprungs (z. B. in D. 14, 6, 9 pr., Ulp. 878 b Lenel: 'usque ad pignoris quantitatem'; vgl. Pernice, Labeo 2, Abt. 1 [2], S. 282 N. 2).

[5]) Ihr emolumentum gegenüber der actio de peculio besteht nicht nur darin, daß der Anspruch des Gläubigers auf die stabile quantitas peculii zur Zeit der Verurteilung des Sohnes (= versum) fixiert bleibt, sondern auch darin, daß die Versionsklage die actio iudicati de peculio annalis überdauert, worauf Ulpian noch ausdrücklich aufmerksam macht. Vgl. oben S. 331.

[6]) Das zweite Urteil [16. VIII.] ergeht auf den genannten Betrag [50], ganz wie wenn der Vater gegen die actio de peculio sich selbst defendiert hätte (oben S. 356 litt. b). Das Deduktionsrecht, das mit der Verurteilung des Vaters [auf 50] entsteht, wird sich auf den hypothetischen Betrag [5] beschränken, auf den der Vater im Judikatsprozeß de *peculio* verurteilt worden *wäre* (oben S. 357). — Der Gläubiger wälzt die Gefahr, die er als bloßer *Pekuliar*gläubiger trüge (oben S. 357), auf den Vater zurück.

[7]) Pernice, Parerga II, Z[2]RG. 5 (1884), 53/4 N. 2: „Der einen Entscheidung (fr. 10 § 3) fügt Ulpian die weise Bemerkung bei: „ego — puto" (unten S. 369). „Was er damit sagen will, *weiß ich*

II.

Haftung aus der Litiskontestation.

Vor der mit dem Sohne vorgenommenen *Litiskontestation* ist der Vater aus der Geschäftsschuld[1]) (dare facere oportere usw.) des Haussohnes de peculio vel de in rem verso verhaftet; neben dem direkten zivil- oder amtsrechtlichen actione teneri filium steht das adjektizische, stets amtsrechtliche actione teneri patrem. — *Nach der Verurteilung* des Sohnes schuldet der Vater de peculio[2]) vel de in rem verso aus dem iudicatum facere oportere usw. des Sohnes; neben dem actione iudicati teneri filium ex *delicto* condemnatum bzw. gleich als wenn der Sohn, der auf Grund seiner *Geschäfts*schuld verurteilt ist, als Gewaltfreier mit actio iudicati belangt werden könnte[3]), wird die actio iudicati de peculio bzw. auch de in rem verso gegen den Vater gegeben (oben Abschnitt I).

Nach der Litiskontestation ist eine Belangung des Vaters aus dem dare facere oportere filium *nicht mehr* möglich, weil durch die Litiskontestation das d. f. oportere[4]) unter-

---

vorläufig *nicht.*" Auch Tuhr S. 147/8 streicht vor Ulpians Neuerung die Segel: „Die Worte Ulpians, so wie sie uns überliefert sind, *halte ich für unerklärlich.*" Koschaker, Translatio iudicii, hat an der entscheidenden Stelle (S. 196 N. 1) unser fr. 10 § 3 Satz 2 übersehen.

[1]) Nicht aus der Deliktsschuld.

[2]) Gleichgültig, ob der Sohn ex negotio oder ex delicto verurteilt ist.

[3]) Vgl. oben S. 326/7, S. 351 N. 6. Die actio iudicati ist nicht an sich ausgeschlossen, sondern bloß weil der ex negotio condemnatus Haussohn ist.

[4]) Gai. III, 180: Tollitur adhuc obligatio (= Zivilobligation, actione teneri) litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur . . . et hoc est, quod apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem debere etc.; vgl. III, 181: litis contestatione dari oportere desiit. Von dem dare oportere des beklagten Schuldners bleibt nur eine Naturalobligation übrig, oder modern gesprochen: die Litiskontestation konsumiert zwar das Klagrecht, aber — wenigstens was den belangten Schuldner angeht — nicht das eingeklagte materielle Recht. Vgl. statt Aller Bekker, Consumption (1853) S. 284 ff., Aktionen 2 (1873), 176 ff.

gegangen und zugleich mit der actio directa gegen den Sohn die actio de pec. vel de i. r. v. gegen den Vater konsumiert[1]) ist. — *Vor der Verurteilung* kann der Vater aus dem iudicatum facere oportere filium ***noch nicht*** belangt werden, weil dieses oportere erst mit dem Urteil wirksam wird.[2])

Also scheint *in der Zwischenzeit* zwischen Litiskontestation und Verurteilung, während deren auf dem Sohne das condemnari oportere = litis contestatione teneri lastet[3]), ein *Vakuum* in der Belangbarkeit des Vaters eintreten zu müssen — trotz aller Härten, die sich aus dem Mangel des Zwangsapparats für den Gläubiger ergäben. Der Gläubiger trüge die Gefahr des Todes des Sohnes; denn stürbe der Sohn vor seiner Verurteilung, so würde das beste Recht des Klägers schutzlos bleiben: einen Erben, auf den das litis contestatione teneri usw. überginge, kann der Sohn nicht haben, und taugliche Basis einer actio de peculio annalis oder einer actio de in rem verso gegen den Vater ist die zur Zeit des Todes bestehende Haftung des Sohnes aus der Litiskontestation nicht. Ferner müßte der Gläubiger, der vielleicht aus den dringendsten Gründen[4]), möglicherweise geradezu aus Rücksicht auf den Vater[5]) zunächst den Sohn belangt hat, tatenlos zusehen, wie andere Pekuliargläubiger[6]) in dem Wettrennen um das peculium längst

[1]) Ob nach Volks- oder nach Amtsrecht, interessiert hier nicht.

[2]) Gai. III, 180: .. sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri ..; apud veteres scriptum est .. post condemnationem iudicatum facere oportere.

[3]) Gai. III, 180: nam tunc (si legitimo iudicio fuerit actum) .. incipit .. teneri reus litis contestatione ..; apud veteres scriptum est .. post litem contestatam condemnari (debitorem) oportere. — Über die unbedingte Natural- und die bedingte Zivilschuld des Belangten weiteres unten S. 361. Auf den Satz 'omnia iudicia absolutoria esse' (Gai. IV, 114) brauchen wir nicht einzugehen, da wir es mit Fragen zu tun haben, die auch nach Anerkennung dieses Satzes ungelöst bleiben.

[4]) Etwa um eine Temporalklage durch Belangung des für ihn allein erreichbaren Sohnes vor dem Erlöschen zu retten.

[5]) Etwa um den abwesenden pater indefensus mit der missio zu verschonen.

[6]) Daß auch der Versionsgläubiger Grund zur Eile hat, ist oben S. 331 N. 4 bemerkt.

durch das ersehnte Ziel der condemnatio gegangen sind, indes er selbst noch nicht einmal zum Start erscheinen darf.

In der Tat scheint es erst in spätklassischer Zeit gelungen zu sein, die Sistierung der adjektizischen Haftung während des Sohnesprozesses zu überwinden und ein Auskunftsmittel zu entdecken, das dem Gläubiger alsbald nach der Litiskontestation mit dem Sohn oder wenigstens nach dem Tode des belangten Sohnes die prozessuale Verfolgung gegen den Vater ermöglichte. Die Schwierigkeit, über die man lange nicht hinwegzukommen vermochte, war die *Klaglosigkeit* des litis contestatione teneri: *klaglos*, weil *nicht mehr* klagbare Forderung, ist die von der Streitbezeugung unberührt bleibende naturalis obligatio[1]), *klaglos*, weil *noch nicht* klagbares Anwartschaftsrecht, das mit der Streitbezeugung begründete, aber noch bedingte oder 'unfertige' oder 'schwebende'[2]) condemnari oportere.[3])[4]) Eine *actio*

---

[1]) auf Naturalerfüllung.

[2]) Über die schwebende Unwirksamkeit des litis contestatione teneri scheint Einigkeit zu herrschen, vgl. z. B. Bekker, Consumption S. 293. 298; Aktionen 2 (1873), 177f., 179f.; Z²RG. 15 (1894), 178f.; Pernice, Z²RG. 5 (1884), 51—55; Wlassak, Litiskontestation (1889), S. 57; Geib, Kompensation (1897) S. 121; Regelsberger, Pandekten 1 (1893), 689f. — Also ist auch eine intentio auf (wirkliches oder fiktizisches) condemnari oportere filium familias unmöglich, s. Eisele, Beiträge zur Röm. Rechtsgesch. (1896) S. 139 N. 58; a. M. Koschaker S. 197 N. 3.

[3]) auf Geld ('Ersatzgeld', s. Degenkolb, Einlassungszwang, 1877, S. 156).

[4]) An der Überzeugung vom *Mangel der actio* darf man sich nicht irre machen lassen durch D. 18, 4, 2 § 8 i. f. (Ulp. 2964 b Lenel): Non solum autem 'hereditarias actiones', sed etiam eas obligationes, quas ipse heres (= venditor hereditatis) constituit, dicendum erit praestari emptori debere: itaque . . *si* novaverit vel *in iudicium deduxerit* actionem, praestare debebit (heres) hanc ipsam '*actionem*', quam nactus est. Ulpian erläutert hier (vgl. Lenel, Ulp. 2961 ff.) die stipulatio emptae hereditatis und zwar die Klausel: ut pateretur (emptorem) *hereditarias* actiones (im vollen Wortlaut: '*actiones*, petitiones, persecutiones', Ulp. 2964 a) procuratorio aut cognitorio nomine exequi (Gai. II, 252); er zwängt also die klaglose rechtshängige Forderung unter den zu engen Ausdruck ('actio') des Stipulationsformulars. Wo er gebundene Marschroute hat, bringt Ulpian noch ganz andere Subsumptionen fertig (D. 44, 7, 37 pr., Ulp. 228 ad verba edicti 'qua quisque *actione* agere volet': actio unter anderm = praeiudicium, stipulationes praetoriae, interdicta!).

de pec. vel de in r. v. aus einer Dritten gegenüber bestehenden *Natural*obligation des freien (oder als frei fingierten) Gewaltunterworfenen war undenkbar[1]); von einer *bedingten* Schuld führt keine Brücke zum *actione* teneri. Also: keine Klage gegen den Sohn, keine Nebenklage gegen den Vater.

Nun war aber die Klaglosigkeit des condemnari oportere nicht eine von Haus aus der Forderung anhaftende Schwäche, sondern eine Folge der Ausübung gerade des Klagrechts. Daß 'diligentior quisque deterioris condicionis habeatur', d. h. die vorsorgliche Ausübung des Klagrechts dem Berechtigten schade[2]), erschien schon Gaius[3]) als ein Übelstand, dem er jedoch bei der von ihm behandelten Rechtslage — Kompensation mit einer rechtshängigen Forderung — mit den überkommenen Mitteln der Technik[4]) begegnen konnte.

Wenn bereits Julian[5]) eine (sofort anstellbare) *Klage* gegen den *Bürgen* zuließ, der sich für die zeitweilig klaglose Hauptschuld post litem contestatam[6]) verbürgt hatte, so

---

[1]) Arg. D. 15, 1, 1 § 4; vgl. Mandry 2, 301. Die gegenteilige Annahme hätte dazu geführt, daß sich Naturalforderungen an Hauskinder besseren Rechtsschutzes erfreuen würden als Naturalforderungen an den pater familias.

[2]) Vgl. zu diesem 'fast naiven Satz' Pernice Z²RG. 5, 50 N. 1. 2, 52 N. 3.

[3]) D. 16, 2, 8; vgl. auch Pap. D. 16, 2, 18 pr.

[4]) d. h. ohne Translationszwang. Wie? ist freilich bestritten. Nach der einen Meinung — Bekker, Consumption (1853) S. 286 f.; Aktionen 2, 182 N. 22 Ziff. 1; Schwanert, Naturalobligationen (1861) S. 429 f.; Pernice, Z²RG. 5 (1884), 51 N. 3 — blieb Gaius auf dem Boden der *naturalis* obligatio stehen. Nach den andern operierte er mit dem *zivilen* litis contestatione teneri, ohne von dessen Eigenschaft als bedingter, einstweilen nicht selbständig klagbarer obligatio iudicati abzusehen; so insbesondere Geib, Kompensation (1897) S. 117—130, der aus guten Gründen den Prozeß über die zur Aufrechnung bedingt bestimmte rechtshängige Forderung weiterlaufen läßt und als Kompensationsobjekt die künftige obligatio iudicati auffaßt. Vgl. auch Eisele, Kompensation (1876) S. 332 f., der das deducere in compensationem post lit. cont. allerdings als translatio iudicii (?) konstruieren will.

[5]) D. 46, 1, 8 § 3. Näheres Eingehen auf die berühmte Stelle verbietet sich an diesem Orte.

[6]) Julian behilft sich mit der Idee der Naturalobligation: 'quia et civilis et *naturalis* subest *obligatio*.' Unter der Zivilschuld wird

verschlägt dies für die Lehre von der Beihaftung des *Vaters* nichts; denn was für die Schuldakzession gilt, gilt nicht für die Schuldadjektion.[1]) Dort genügt eine naturale Hauptschuld[2]), hier wird eine zivile (oder fiktiv zivile) Grundobligation gefordert.

Bei der Unmöglichkeit, auf die Naturalschuld und das bedingte condemnari oportere eine adjektizische *Klage* zu bauen, konnte dem Gläubiger nur durch eine adjektizische *Quasiklage*[3]) (aus dem litis contestatione teneri) geholfen werden. Ein solches *Seitenstück zur actio* war dem klassischen Rechte längst bekannt[4]) in der Gestalt des Translationszwangs gegen den Erben des Belangten. Wie die actio das Zwangsrecht ist auf Übernahme des zu begründenden iudicium[5]), so ist die translatio necessaria in heredem das Zwangsrecht auf Übernahme des bereits begründeten und nun zu übernehmenden iudicium.[6]) Das Recht auf

---

nämlich das *bedingte* teneri litis contestatione zu verstehen sein (vgl. auch Bekker, Consumption S. 338); das Präsens 'sub*est*' stört nicht, wie D. 46, 1, 6 § 2 zeigt, wo von dem *esse* einer futura obligatio gesprochen wird. Unterlage der Bürgschaft kann also bis zur Verurteilung nur die *Natural*schuld sein.

[1]) Trotz mancher sonstigen Parallelen zwischen Bürgschaft und adjektizischer Haftung.

[2]) Diese (natürlich gegenwärtige und unbedingte) Schuld überdauert auch die Verurteilung; daher die Notwendigkeit einer exceptio, wenn der Bürge für die Naturalschuld nur haften soll, so lange auch das litis contestatione teneri, oder, was dasselbe bedeutet, die 'litis exercitatio' besteht (D. 46, 1, 8 § 3 cit). Das *ἅπαξ εἰρημένον* 'litis exercitatio' (echt?) hat m. E. mit der angeblichen Defensionspflicht des Beklagten *in iudicio* nichts zu schaffen; vgl. unten S. 376/7 N. 3 (am Schlusse).

[3]) Zum Ausdruck vgl. Bekker, Aktionen 2, 180 N. 13.

[4]) Vgl. z. B. Javol. D. 5, 1, 34 (66 L.); Pomp. D. 6, 1, 51 (622 L.).

[5]) Bekker, Aktionen 1 S. VII und passim, neuestens in Iherings J. 49 (1905), 57. — Auf die Frage nach dem Wesen der actio kann im Rahmen unserer Spezialstudie nicht eingegangen werden. Ohne den Begriff des *Gestaltungsrechts* wird so wenig wie beim modernen Rechtsschutzanspruch auszukommen sein; vgl. mutatis mutandis Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts (in der Festgabe der Berliner Jurist. Gesellschaft für Koch, 1903) S. 210. 249 N. 1; J. Goldschmidt, Materielles Justizrecht (in der Festgabe für Hübler, 1905).

[6]) D. 10, 2, 48: heredes accipere id (das begründete iudicium) debent; D. 5, 1, 34: heres . . defendi debet; D. 46, 7, 5 § 7 i. f.: plures

iudicium transferendum accipere war anerkannt im Falle der Schuldsukzession; es konnte analog verwertet werden im Falle der Schuldadjektion. Den ersten Schritt zur Verwertung tat Ulpian; er ist der Schöpfer der translatio iudicii de peculio vel de in rem verso.

1. Translatio iudicii de peculio.

a) D. 5, 1, 57 Satz 2[1]), Ulp. lib. 41 ad Sabinum (2873 d Lenel, sub tit. De furtis):

> sed mortuo filio post litis contestationem transfertur iudicium[2]) in patrem dumtaxat de peculio et[3]) quod in rem eius versum est.

Der Haussohn ist aus eigener[4]) Geschäftsschuld[5]) verklagt. Vor dem Urteil ist der Sohn gestorben.[6]) Damit ist seine Schuld (naturalis obligatio und bedingtes teneri litis contestatione) erloschen, weil er keinen Rechtsnachfolger (Erben) haben kann.[7]) Wäre der Sohn noch nicht belangt

heredes rei necesse habebunt unum dare [procuratorem; Lenel, Ulp. 1705 b: cognitorem], ne defensio per plures scissa [incommodo aliquo (!, vgl. aliquid damni, D. 11, 1, 1 pr. interp., Seckel-Heumann s. v. interdum 1., sentire 1.) adficiat actorem; ursprünglich: litem faciat dividuam?]. aliud est in heredibus actoris, quibus [necessitas non imponitur (!, vgl. Gradenwitz, Z²RG. 23, 339), ut per unum litigent; urspr.: non obstat exceptio litis dividuae?].

[1]) Über den Zusammenhang der Stelle s. unten S. 366 N. 2.

[2]) Sperl S. 25 N. 1 vermutet statt iudicium im echten Texte: formula. Diese Vermutung entbehrt m. E. stichhaltiger Gründe.

[3]) Über den Schluß des Satzes s. unten S. 368.

[4]) Über den belangten filius defensor (cognitor, procurator) s. unten S. 366/7 N. 2 sub III, S. 369 ff.

[5]) Wie sich unten S. 368 f. als zweifellos herausstellen wird (vgl. auch die unten S. 366/7 N. 2 sub II 2 b geäußerte Vermutung über den ursprünglichen Zusammenhang von fr. 57 Satz 2), bezog sich unser Satz 2 nur auf Schulden des Sohnes ex *negotio*; für die Haftung *de peculio* aus Sohnesschulden ex *delicto* gilt aber dasselbe wie bei Kontraktsschulden (S. 366 N. 2 sub I 2 b).

[6]) Über die Translation vivo filio s. unten S. 367. Die Worte 'mortuo filio' als unecht zu verwerfen, besteht nicht die mindeste Veranlassung; u. a. fehlt jedes Interpolationsmotiv; vgl. auch unten S. 366 N. 2.

[7]) Vgl. oben S. 330. 360. Auch der Vater, an den das peculium zurückfällt, tritt nicht als *Nachfolger* in das Sondergut und in die Sohnesschulden (Pekuliarpassiva) ein (vgl. die intentio der actio

gewesen, so könnte der Gläubiger trotz Untergangs der Sohnesschuld den Vater zur Übernahme der *actio* annalis de peculio zwingen. Den Weg zur *actio* hat er sich durch Konsumption der Klage verschlossen.[1] [2]) Die Jurisprudenz eröffnet ihm den Weg zur *translatio* iudicii, die ja auch im Sukzessionsfalle dem litis contestatione teneri einem neuen Schuldnersubjekt gegenüber zur prozessualen Durchführung verhilft. Wie beim dare facere oportere die Forderung mit

annalis de peculio), so daß von einer absorbierenden Konfusion (P. Kretschmar, Confusion 1899 S. 37) der direkten Sohnesschuld mit der adjektizischen Vaterschuld keine Rede sein kann. Was der Vater durch eine Art *restitutiver* Sukzession (Bekker, Pandekten 1, 1886, 113 f.) zurück erhält, ist lediglich das Administrationsrecht des Sohnes (worunter auch das Mindestrecht des Sohnes zur *tatsächlichen* Verwaltung zu verstehen ist). *Translativer* Rechtsübergang auf den Vater (als quasi heres) begegnet nur bei einem Gestaltungsrecht, das der Substanz nach dem verstorbenen Sohne zustand (D. 4, 4, 3 § 9; cf. § 4). — Daß die translatio iudicii mortuo filio nicht auf dem Sukzessionsgedanken ruht,. wird ferner durch die Möglichkeit der translatio vivo filio (unten S. 367. 369 ff.) erhärtet.

[1]) A. M. Koschaker S. 196/7: „Nichts anderes als eine . . *actio* de peculio annalis, gegründet auf den Prozeßvertrag des Haussohnes, ist m. E. das auf den Gewalthaber de peculio transferierte iudicium des fr. 57 D. (5, 1).“ Diese Anschauung ist meiner Ansicht nach unbedingt abzulehnen; translatio und actio sind trotz ihrer Verwandtschaft wesentlich verschieden; es ist „undenkbar, daß“ die „obligatio ‘condemnari oportere’ je selbständig klagbar gewesen“ (Bekker, Consumption S. 296; vgl. oben S. 361 N. 2); wäre doch die actio aus dem condemnari oportere das bequemste Mittel gewesen, dem Institut der Prozeßverjährung ein Schnippchen zu schlagen. Auf das Problem der Translatio iudicii hoffe ich an anderem Orte zurückkommen zu können.

[2]) Von einer in integrum restitutio actionis spricht Ulpian nicht; auch wäre solcher überflüssiger Kraftaufwand für den Gläubiger weniger vorteilhaft als die zwangsweise Translation — was hier nicht näher dargelegt werden kann. Auch in keinem andern Falle der translatio iudicii wird der Umweg über eine Klagenrestitution gewählt; es ist kein Zufall, daß in sämtlichen einschlagenden Stellen von der Notwendigkeit der i. i. restitutio actionis geschwiegen wird. Dies vorläufig gegen Eisele, Z²RG. 2 (1881), 139 f. und Koschaker passim. — Zu fr. 57 Satz 2 plädiert übrigens auch Koschaker nicht für die Annahme einer i. i. r., weil er die Stelle auf Deliktsschulden des Haussohns deutet; daß letzteres unmöglich zutreffen kann, wird unten S. 368, vgl. S. 366 N. 2 darzulegen versucht werden.

einem actione teneri bewehrt ist, so ist beim condemnari oportere die (bedingte) Forderung soweit nötig, d. h. gegenüber dem Sukzessor und dem adjektizischen Schuldner, mit einem (wenn man so sagen darf) translatione teneri[1]) ausgestattet. Die translatio de peculio unterliegt natürlich nach dem Tode des Sohnes der Annalbegrenzung.

Unser fr. 57 Satz 2 von Ulpian[2]) liefert das einzige direkte Zeugnis für die translatio iudicii de peculio; indirekt

[1]) Vgl. Paul. D. 50, 17, 87: post litem contestatam .. heres *tenetur* ex omnibus causis.

[2]) Das Ulpianfragment 2873 setzt sich bei Lenel zusammen aus a) D. 13, 1, 4 (betrifft die condictio furtiva und interessiert hier nicht); b) D. 5, 1, 57 Satz 1: Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio; c) D. 9, 4, 35 (oben S. 327 N. 2, S. 329); d) D. 5, 1, 57 Satz 2 (oben S. 364) und Satz 3: certe si quasi [procurator, ursprünglich: cognitor] alicuius filius familias iudicium acceperit, mortuo eo (echt) in eum, quem defenderit, trans[actio vel, ursprünglich m. E.: -latio vel actio] iudicati datur. — Lenels scharfsinnige Anordnung der Unterfragmente b—d scheint mir jede Probe zu bestehen, freilich in anderm Sinn als Koschaker S. 172ff., 180ff. meint. Die Unterfragmente hängen nicht unmittelbar zusammen. Der Gedanke der translatio iudicii *vivo* filio war Ulpian bei Abfassung des Sabinuskommentars (1. Auflage?) noch nicht gekommen. — Das im fr. b angeschlagene Grundthema (entnommen aus Sabinus?, vgl. Fritz Schulz, Sabinusfragm., 1906, S. 81) wird zunächst für zwei Tatbestandspaare (Delikt — Kontrakt des Sohnes; Verurteilung — Belangung und Tod des [belangten, noch nicht verurteilten] Sohnes) variiert, etwa so:

I. Delikt des Sohnes.
   1. Rechtsfolgen für den Sohn
      a) bei Verurteilung: Personalexekution (D. 9, 4, 35 Satz 1 interp.; oben S. 327 N. 2, S. 329 N. 1);
      [b) bei Belangung und Tod: vacat, weil selbstverständlich].
   2. Rechtsfolgen für den Vater
      a) bei Verurteilung des Sohnes: actio iudicati de peculio (D. 9, 4, 35 Satz 2; oben S. 329);
      b) bei Belangung und Tod des Sohnes: translatio iudicii annalis in patrem dumtaxat *de peculio* (gestrichen, a contrario zu ergänzen aus II 2 b).

II. Kontrakt des Sohnes (der sich möglicherweise als Interzession für den Vater darstellt).
   1. Rechtsfolgen für den Sohn
      a) bei Verurteilung: Personalexekution ausgeschlossen (nach Beendigung der potestas Haftung aus dem Urteil in id quod facere potest?) (gestrichen, a contrario zu ergänzen aus I 1 a);
      [b) bei Belangung und Tod: vacat, weil selbstverständlich].

ist sie auch in einer andern Stelle[1]) bezeugt, die von der translatio iudicii de in rem verso handelt und Ulpians eigenstes Eigentum ist.[2]) Die indirekte Bezeugung läßt den Schluß zu, daß auch *vivo* filio das iudicium auf den Vater zwangsweise *de peculio* transferiert werden kann.

---

2. Rechtsfolgen für den Vater
   a) bei Verurteilung des Sohnes: actione iudicati teneri patrem dumtaxat de peculio *et quod in rem eius versum est* (gestrichen, a contrario zu ergänzen aus I 2a);
   b) bei Belangung und Tod des Sohnes: translatio iudicii in patrem dumtaxat de pec. *et quod in rem eius versum est* (D. 5, 1, 57 Satz 2: *sed* mortuo filio usw.).

III. Übernahme einer (Geschäfts- oder Delikts-)Klage durch den Sohn für einen Dritten (defensio extranei).

1. Als cognitor (oder auch als praesentis procurator?). (Rechtsfolgen für den Sohn interessieren nicht, Rechtsfolgen für den Vater entstehen nicht.) Rechtsfolgen für den *defensus* bei Belangung und Tod bzw. bei Verurteilung und Tod des filius defensor: kognitorische translatio iudicii (cf. D. 3, 3, 17 pr.) bzw. actio iudicati (und zwar actio iud. *datur*, trotzdem adversus filium cognitorem actio non *competit*) in solidum *zu Lasten des defensus* (D. 5, 1, 57 Satz 3: certe si quasi usw.; vgl. den Text der Stelle zu Anfang dieser Note. Die Bedenken von Koschaker S. 108 f. gegen die Annahme der Interpolation von 'procurator' dürften gegenstandslos sein. Das Fehlen der actio iudicati de peculio beweist nicht eine „Nachlässigkeit bei dem Kompilator Ulpian", sondern die Unechtheit des procurator).
2. Als procurator (absentis?). (Folgen der Tatbestände für den Sohn interessieren nicht, Folgen für den defensus entstehen nicht.) Rechtsfolgen für den *Vater* bei Belangung und Tod bzw. bei Verurteilung (und Tod) des Sohnes: translatio iudicii annalis de peculio bzw. (cf. D. 15, 1, 3 § 11) actio iudicati (annalis) de peculio (gestrichen, weil nach der Interpolation von procurator statt cognitor in D. 5, 1, 57 Satz 3 [oben III 1] ein Widerspruch herausgekommen wäre; das Auskunftsmittel, in dem gestrichenen Passus 'procurator' zu 'falsus procurator' umzuwandeln [vgl. Seckel-Heumann S. 464 Sp. 1 sub cc am Ende], ist nicht beliebt worden).

[1]) S. unten S. 368 ff.

[2]) Bezeichnenderweise spricht der in D. 15, 1, 3 § 11 von Ulp. exzerpierte *Papinian* von der *iudicati* de peculio *actio*, ohne der *translatio* de peculio zu gedenken. Doch lege ich auf dieses unsichere arg. e silentio kein entscheidendes Gewicht. Daß jedenfalls die translatio de in rem verso Papinian unbekannt war, wird alsbald erhellen.

2. Translatio iudicii de in rem verso.

a) D. 5, 1, 57 Satz 2 (oben S. 364). In der uns bereits bekannten Stelle spricht[1]) Ulpian von der translatio iudicii in patrem nicht nur dumtaxat de peculio, sondern auch dumtaxat *quod*[2]) *in rem eius versum est.*

Koschaker[3]) bekennt, für die Erwähnung der Versionsklausel eine befriedigende Erklärung nicht zu wissen. Er verbaut sich das Verständnis der Klausel in der condemnatio des iudicium translatum durch die Annahme, die Ulpianfragmente 2873 c. d (L.) seien gleichermaßen auf *Delikts*ansprüche gegen den Sohn, wegen deren es zu Litiskontestation und Urteil komme, zu deuten.[4]) Dieser Annahme ist für das Fragment c[5]) beizutreten; für unser Fragment d ist sie abwegig. Die Erwähnung der Versionsklausel *beweist,* daß Ulpians theoretische Darlegung in fr. 57 Satz 2 sich *nicht* mit *Bußschulden* des Sohnes befaßt, bei denen die Konstruktion eines Regreßanspruchs (nach erfolgter Belangung des Sohnes) schlechterdings unmöglich ist[6]), sondern mit *Geschäfts-* und zwar *Interzessionsschulden.*[7])

Liegt in dem iudicium suscipere des Sohnes eine Interzession[8]) oder erfolgt es wegen einer bereits bestehenden Interzessionsschuld[9]) des Sohnes und ist der Sohn spätestens mit der Streitbezeugung zum Naturalregreß gegen den Vater berechtigt[10]), so sind die Voraussetzungen der translatio

---

[1]) In dem Falle, daß der Sohn belangt und vor der Kondemnation gestorben ist.

[2]) = si quid.

[3]) Koschaker S. 197 N. 1. Daß Ulpian nicht eine *actio* (de i. r. v.) im Auge hat, ist gegen Koschaker schon oben S. 365 N. 1 betont worden.

[4]) Koschaker S. 171 ff. 179. 188 ff. 194 ff.

[5]) D. 9, 4, 35; dazu oben S. 329, S. 366 N. 2 sub I. Das Fehlen der Versionsklausel in dieser Stelle, die keineswegs auf einer Linie mit D. 5, 1, 57 steht (a. M. Koschaker S. 197 N. 1: „parallele actio iudicati"), ist also selbstverständlich (vgl. oben S. 333 N. 1).

[6]) Oben S. 332 f. Anders, aber verfehlt, vom Standpunkt der Bereicherungstheorie aus Mandry 2, 244. 465—467. Vgl. Tuhr S. 161 ff.

[7]) Oben S. 334—358.

[8]) Oben S. 350 f. 353 ff.

[9]) Oben S. 335 ff. 351 ff.

[10]) Oben S. 331 f. 338 ff., insbes. S. 341 ff.

iudicii de in rem verso erfüllt. Da jede einmal begründete Versionshaftung den Tod des Sohnes und den mit dem Tod verknüpften Untergang der Sohnesschuld überdauert[1]), steht gerade auch mortuo filio der translatio de in r. v. kein Hindernis im Wege. Vielleicht gab das dringende praktische Bedürfnis, das ohne Zulassung der translatio *post mortem* filii hätte unbefriedigt bleiben müssen, Ulpian den ersten Anlaß, mit seiner Schöpfung der adjektizischen Prozeßübertragung eine klaffende Lücke im Recht auszufüllen. Zum Abschluß der Entwickelung fehlte nun allein noch die translatio iudicii de in r. v. *vivo* filio:

b) D. 15, 3, 10 § 3 Satz 2, Ulp.[2]):

> Ego et ante condemnationem post iudicium patris nomine acceptum de in rem verso patrem teneri puto.

Dieser Zusatz, den Ulpian[3]) einer eigenen, aber in Papinians Gedankenkreis wurzelnden (oben[4]) näher dargelegten) Ausführung (§ 3 Satz 1)[5]) hinzufügt, hat bisher nur wenige Ausleger gefunden, und bei diesen weniger eine Auslegung als eine Ablehnung[6]) erfahren. Wir sehen in der „weisen" Bemerkung des mit Unrecht zu tief herabgesetzten Spätklassikers einen anerkennenswerten Fortschritt und vermissen nur (wenigstens prima facie)[5]) eine konsequente Durchführung der neuen Erkenntnis. —

Nach dem Tatbestande des fr. 10 § 3 cit. hat der Sohn für den Vater wegen einer actio de peculio, deren intentio auf eine Geschäftsschuld[7]) des Sohnes[8]) abgestellt ist, das iudicium als defensor auf sich genommen.[9]) Nach Ulpians

---

[1]) Und zwar ohne Annalbeschränkung.

[2]) Vgl. oben S. 335. 350. 351. 354.

[3]) Für ein Einschiebsel der Kompilatoren kann ich den — sprachlich durchaus einwandfreien — Passus schon darum nicht halten, weil er für die schwere Hand der 'braven Rechtshandwerker' (Bekker, Recht des Besitzes, 1880, S. 356) viel zu fein ist.

[4]) S. 354 ff.

[5]) Vgl. jedoch unten S. 378.

[6]) Wie schon oben S. 358 N. 7 berichtet ist.

[7]) Und zwar eine materiell dem Vater fremde.

[8]) Oben S. 354 N. 4.

[9]) Durch die Litiskontestation ist sowohl die actio de peculio gegen den Vater als die actio directa gegen den Sohn konsumiert.

Ansicht kann der Gläubiger alsbald (et ante condemnationem) und noch während Lebzeiten des Sohnes gegen den Vater de in rem verso vorgehen.

Formelle Basis seines Vorgehens ist das litis contestatione filium defensorem teneri.[1]) Also ist das dem Gläubiger zur Verfügung stehende aktionenrechtliche Zwangsmittel nicht eine actio, sondern die translatio iudicii.[2])

Privatrechtlicher Grund der Versionshaftung des Vaters ist die surrogative Interzession des Sohnes für den Vater, die in der Prozeßübernahme liegt und die Haftung des Vaters de peculio zu dessen Gunsten verschiebt: *durch den Aufschub* der Belangung des Vaters[3]), den die defensio filii bewirkt, vermindert sich möglicherweise die Verurteilung des Vaters de peculio und damit sein Deduktionsrisiko. Privatrechtlich ist die Rechtslage in allem wesentlichen genau dieselbe, wie wir sie oben[4]) darzulegen versucht haben. Der einzige Unterschied liegt in der Dauer des Aufschubs. Kann der Vater erst mit der *actio iudicati* de peculio belangt werden [am 16. V.][5]), so hat der Sohn den Vater mit seinem Schilde gedeckt erstens für die Zeit des Prozesses gegen den filius defensor über die obligatio principalis de peculio [vom 1. I. bis zum 1. IV.], zweitens für die XXX

---

[1]) Also lediglich die bedingte Judikatsobligation (oben S. 363). Die von der eingeklagten Schuld als Residuum übrigbleibende naturalis obligatio geht nicht auf den defensor über, sie hat nach wie vor den defensus (hier den Vater) zum Passivsubjekt. — Die actio directa gegen den Sohn ist, wie gesagt, durch die Anstellung der actio de peculio — gleichgültig gegen wen — konsumiert; ob auch in diesem Falle eine Naturalobligation (des Sohnes) zurückbleibt (vgl. oben S. 359 N. 4), kann hier nicht erörtert werden.

[2]) Daß Ulpian das gewiß nicht jedem Leser präsente Quasiklagrecht nur andeutet (teneri), dagegen nicht mit seinem richtigen Namen als translatio bezeichnet, hat etwas Auffallendes. Vielleicht war der echte Ulpian weniger schweigsam, indem er hinter teneri puto fortfuhr: velut hac formula . . . (komplizierte Translationsformel); die Streichung dieser Fortsetzung hätte sich für die Kompilatoren von selbst verstanden.

[3]) Hier = transferre iudicium in patrem dumtaxat de peculio.

[4]) S. 354—358.

[5]) Exemplifikation wie oben S. 356 f.

dies iusti nach dem Judikate[1]) [bis zum 30. IV.], drittens für die Zeit, welche die Erfüllung der Folgepflicht nach geschehener Ladung [am 1. V.] in Anspruch nimmt [bis zum 16. V.].[2]) Ist gegen den Vater alsbald (1. I.) *translatio iudicii* de peculio zulässig[3]), so umfaßt der Zeitgewinn, den der defensor dem Verteidigten verschafft, zwar weder den ersten, noch den zweiten, aber immerhin den dritten Zeitraum [1. I. bis 16. I.][4]). Für die entscheidende Minderung des Deduktionsrisikos[5]) kommt es aber nicht auf die Länge, sondern auf die Tatsache des Zeitgewinns an.

---

[1]) Wenn man annimmt, daß das gesetzliche oder ediktale tempus iudicati actionis nicht nur *iudicatis* ad expediendam pecuniam tribuitur (Gai. III, 78), sondern auch dem adjektizischen Schuldner zugute kam, worüber die Quellen nichts enthalten. — Nebenbei: ein richterliches tempus iudicati actionis gibt es im Ordinarverfahren nicht; D. 42, 1, 4 § 5, welche Stelle Wenger, Actio iudicati (1901) S. 249 bis 254 so große Schwierigkeiten bereitet hat, ist m. E. nur im Tatbestand und in der Fragestellung echt, in der ganzen Antwort (sed si quidem — praestitit) sicher interpoliert (vgl. auch Seckel-Heumann unter legitimus s. 1., replere s. 2.).

[2]) Wenn der in ius vocatus, der vadimonium Romam geleistet hat, zur Reise für je 20000 Schritt (= 29½ km) einen Tag brauchen darf (D. 2, 11, 1; 50, 16, 3 pr.), so wird auch der Kläger, der den iudicatus bzw. seinen Gewalthaber in ius schleppt, ca. 14 Tage aufwenden müssen, wenn der Geladene ca. 400 km von Rom wohnt.

[3]) Zur Durchführung der zwangsweisen translatio ist es erforderlich, daß der Kläger den Vater in ius voziert, daß gegen letzteren iudicium (translatum) „gegeben" wird (arg. D. 6, 1, 51) und er sich dem iudicium unterwirft. Eine Zwangstranslation durch ein auf einseitigen Antrag ergehendes Translationsdekret ist bei der adjektizischen Translation unzulässig. Die Zwangstranslation durch Dekret (vgl. Koschaker S. 72—99) hat ein anderes Anwendungsgebiet als der auf iudicium accipere gerichtete Translationszwang.

[4]) Wozu noch die Reise des Klägers von Rom zum Wohnort des Vaters hinzukommt.

[5]) Belangt mit actio de peculio [am 1. I.] wäre der Vater — und ebenso der filius defensor — de peculio [am 1. IV. auf 50] verurteilt worden; das Deduktionsrisiko des Vaters hätte [50 bis 0] betragen (s. oben S. 356 f., litt. b). Die Translatio de peculio [am 16. I.] führt aber zur Verurteilung des Vaters auf den möglicherweise geringern Pekuliarwert zur Zeit des *später* ergehenden Urteils [am 16. IV. auf 40], so daß sich *sein Risiko* [40 bis 0] um [10] *vermindert.* Die Gefahr des Schwindens der Pekuliaraktiva [von 50 auf 40] und

Die defensio filii verschafft also, weil negotium utiliter coeptum, dem Sohn einen (fälligen) naturalen Anspruch auf Befreiung vom bedingten litis contestatione de peculio teneri und demgemäß dem Gläubiger eine translatio iudicii de in rem verso usque ad peculii quantitatem[1]) gegen den Vater. —

Ehe wir unsere Auslegung von fr. 10 § 3 Satz 2 weiter fruktifizieren[2]), ist auf die Argumentationen Tuhrs zu entgegnen, welche nichts geringeres als die Unerklärbarkeit der Stelle erweisen sollen.

(1) Zunächst findet Tuhr[3]) keine Antwort auf die Frage: „welches ist hier der *Anspruch*, den der Gläubiger gegen den Vater de in rem verso richten kann?" Eine Verneinung der Frage scheint Tuhr unausweichlich, weil die Pekuliar*klage*, welche der Sohn als defensor übernommen hat, durch litis contestatio konsumiert ist[4]) und weil die *actio* iudicati, welche in der Entscheidung Papinians[5]) de in rem verso gegeben wird, ante condemnationem noch nicht existiert.[6]) — Tuhr übersieht aber[7]) das litis contestatione dumtaxat de peculio teneri des Sohnes: der rechtshängige, zwar nicht klagbare, wohl aber transferierbare Anspruch ist es, den der Gläubiger, und zwar alsbald nach der Litiskontestation, de in rem verso gegen den Vater kehren kann.

(2) Wenn Tuhr[8]) weiter ausführt, eine „Klage"[9]) gegen den Vater vor der Verurteilung des Sohnes sei seines Er-

des Wachsens der Pekuliarpassiva trägt für die Zeit vom hypothetischen Urteil [1. IV.] bis zum wirklichen Urteil [16. IV.] der Gläubiger und nicht der Vater.

[1]) Über den für die Bemessung des Pekuliarwerts maßgebenden Zeitpunkt s. unten S. 374 f.

[2]) Unten S. 378 ff.

[3]) Tuhr S. 147.

[4]) Vgl. oben S. 369 N. 7.

[5]) Meint Tuhr (S. 147) D. 15, 3, 10 § 1 (oben S. 350 f.)? oder liegt ein Schreibfehler vor und sollte es heißen: Ulpians in D. eod. 10 § 3 Satz 1 (oben S. 354 ff.)?

[6]) Vgl. oben S. 360.

[7]) Hier wie S. 54 bei der Aufzählung der einzelnen Stadien der Interzessionswirkungen.

[8]) a. a. O. (oben N. 3).

[9]) Damit meint Tuhr keine neue Klage, sondern „die Fortführung des Pekuliarprozesses" gegen den Vater.

achtens *nur möglich* im Falle der *translatio* iudicii, welche *beim Tode* des Sohnes stattfinden muß (fr. 57 de iud. 5, 1)[1]), so verkennt er[2]) mit seiner Einschränkung der Translation („nur") gerade den treibenden Gedanken, der Ulpian m. E. die Entscheidung eingegeben hat.[3])

(3) Tuhr[4]) fährt fort: „es ist daher nicht abzusehen, aus *welchem Grunde* sich die[5]) actio de peculio in eine actio[6]) de in rem verso verwandeln soll[7]) und *welches emolumentum* darin[8]) für den Kläger enthalten sein könnte[9]): solange das Urteil[10]) nicht gefällt ist, muß es dem Anspruch[11]) an der *festen Begrenzung* durch den Betrag des Pekulium *fehlen* (fr. 6[12]) § 15 quibus ex c. 42, 4)[13]), ob nun der Sohn den Prozeß weiterführt[14]) oder der Vater in denselben[15]) eintritt."

(a) Den *Verwandlungsgrund*, den Ulpian hier wie vorher[16]) seinen Lesern zu verschweigen für gut findet, haben wir bereits[17]) darzulegen versucht: es ist ebenderselbe Grund, der auch die vom Sohn als defensor übernommene actio de peculio in eine *actio iudicati* de in rem verso umgestaltet.

---

[1]) Vgl. oben S. 364 ff.

[2]) Und mit ihm, soweit zu sehen, die gesamte übrige Literatur.

[3]) Vgl. oben S. 363, unten S. 378.

[4]) Tuhr S. 147.

[5]) scil. konsumierte.

[6]) Von einer *actio* redet Ulpian nicht und meinen kann er sie auch nicht; auf dieser Anschauung beruht unsere ganze Ausführung und Gegenausführung.

[7]) Dazu im folgenden, litt. (a).

[8]) d. h. in der actio de in rem verso.

[9]) Dazu unten litt. (b).

[10]) scil. im Pekuliarprozeß gegen den filius defensor.

[11]) scil. welcher de in rem verso gegen den Vater gerichtet wird.

[12]) Lies: 7.

[13]) Dazu unten litt. (c).

[14]) M. E. ist das litis contestatione de peculio teneri des Sohnes mit der Translation erloschen.

[15]) den Pekuliarprozeß? es wird doch de in rem verso transferiert.

[16]) Oben S. 355 N. 4.

[17]) Oben S. 354 ff. 370 ff.

(b) Das von Tuhr vermißte *emolumentum*, welches der Versions-„Klage", verglichen mit der Pekuliar-„Klage" oder, um es gleich richtig zu formulieren, der translatio de in rem verso verglichen mit der[1]) translatio de peculio in der Tat innewohnt, läßt sich wiederum am leichtesten durch Heranziehung der *actio iudicati* de in rem verso verglichen mit der actio iudicati de peculio ermitteln.

Ist der filius defensor de peculio belangt und verurteilt [am 1. IV. auf 50][2]), so führt die im Streitfalle zum iudicium gediehene actio iudicati *de peculio* möglicherweise zur Verurteilung des Vaters [16. VIII.] auf einen Betrag [5], der hinter der ersten Urteilssumme [50] im Sohnesprozeß zurückbleibt.[3]) Mit der actio iudicati *de in rem verso* hingegen erzielt der Gläubiger denselben Betrag [50], wie wenn er mit der actio de peculio Verurteilung nicht des filius defensor, sondern des Vaters selbst erzielt hätte.[4]) Der Vorteil der Versionsklage aus dem Urteil liegt in der Zurückwälzung der nach Pekuliarrecht den Gläubiger treffenden Gefahr auf den Vater.

Für die *translatio iudicii*, d. h. für die bedingte Judikatsobligation[5]), wird Analoges gelten wie für die actio iudicati, d. h. für die unbedingte Judikatsobligation:

Ist der filius defensor de peculio belangt, so führt die translatio iudicii *de peculio* möglicherweise zur Verurteilung des Vaters [16. IV.] auf einen Betrag [40[6])], der hinter der hypothetischen Summe [50] des Urteils im Sohnesprozeß [1. IV.] zurückbleibt.[7]) Durch die translatio iudicii *de in rem verso* hingegen erzielt der Gläubiger denselben Betrag [50], wie wenn er mit der actio de peculio Verurteilung nicht des filius defensor, sondern des Vaters selbst erzielt hätte.[8])

---

[1]) oben S. 371 N. 5 exemplifizierten.

[2]) Oben S. 357.

[3]) Oben S. 357.

[4]) Oben S. 358 (N. 6).

[5]) Deren Bedingung (Verurteilung des *Sohnes* de *peculio*) nach der Translation freilich nicht mehr effektiv eintreten kann.

[6]) Nur in Höhe dieses Betrags wird wohl dem Vater ein Deduktionsrecht zustehen. Vgl. oben S. 358 N. 6.

[7]) Oben S. 371 N. 5.

[8]) Oben S. 358 (N. 6).

Wir erhalten als Zeitpunkt, der über die Höhe der Urteilssumme in dem durch Translation begründeten iudicium de in rem verso entscheidet, den Tag, an dem es in dem durch Translation erloschenen iudicium de peculio zum Urteil gekommen *wäre* [1. IV.][1][2]

Dieser Zeitpunkt empfiehlt sich vor jedem andern, den man noch in Erwägung ziehen könnte. Denn unbrauchbar ist sowohl der Tag des Urteils im Versionsprozeß [16. IV.] als der Tag der Vornahme der Translation [16. I.].

Der erstgedachte Zeitpunkt scheidet ohne weiteres aus. Denn würde man das Risiko der Abnahme des Pekuliarwerts bis zum Tage des im Versionsprozeß wirklich ergehenden Urteils dem Gläubiger aufladen, so wäre der Hauptunterschied zwischen translatio de in rem verso und translatio de peculio[3] ausgetilgt: beide Quasiklagen gingen auf dasselbe; die Versionsklage wäre sine emolumento.

Wollte man auf den Zeitpunkt der Translation sehen, so verstieße dies gegen den Grundsatz, daß die Litiskontestation niemals die labile Höhe der Pekuliarhaftung festlegt.[4] Was nämlich von der echten Streitbezeugung gilt, muß auch von ihrem Seitenstück, dem dare, dictare und accipere iudicium translatum gelten. —

---

[1]) Der Tag wird um die Dauer des vocatum *ire* in ius (oben S. 371 N. 2) vor dem Zeitpunkt des Urteils im Versionsprozeß zurückliegen.

[2]) Die Haftung 'in solidum' aus der Version geht also auf [50], während die Pekuliarhaftung auf [40] begrenzt wäre; das emolumentum der actio uberior beträgt [10].

[3]) Vgl. oben S. 371 N. 5.

[4]) D. 42, 4, 7 § 15. D. 15, 1, 30 pr. Außer bei der Verurteilung ist in den Quellen von Stabilisierung die Rede beim Konstitut (D. 13, 5, 1 § 8, Ulp. 788a L.: .. et pater et dominus de peculio obstricti si constituerint, tenebuntur usque ad eam quantitatem, quae *tunc fuit* in peculio, cum constituebatur; D. 13, 5, 19 § 2, Paul. 442 L.: Si pater vel dominus constituerit se soluturum quod *fuit* in peculio ... licet interierit peculium, non tamen liberatur; vgl. fr. 20 eod.), bei dem beneficium dationis in solutum, das dem belangten Gewalthaber zusteht und dessen Ausübung im Prozeß ihm die Absolution verschafft (D. 10, 3, 9 i. f.; 15, 1, 51), und bei dem Erlaß dotis causa (D. 23, 3, 57, Javol. 147; Text zerrüttet).

(c) Das letzte Bedenken Tuhrs[1]) ist durch den Umstand hervorgerufen, daß dem Versionsanspruch vor der Verurteilung des filius defensor die Begrenzung auf einen festen Betrag fehle. Mit diesem Umstande hat es seine volle Richtigkeit. Zur Verurteilung des filius defensor kann es aber post iudicium translatum nicht mehr kommen. Daß an Stelle der unmöglich gewordenen wirklichen Verurteilung des Sohnes eine hypothetische zu treten hat und daß diese dem Versionsanspruch die erforderliche Grenze zieht, ist bereits[2]) darzutun versucht worden.[3]) —

---

[1]) Oben S. 373.

[2]) Oben S. 374 f.

[3]) Der eigene Erklärungsversuch, den Tuhr S. 148 unternimmt, scheint mir nicht annehmbar zu sein. Nach Tuhr sollen die Worte Ulpians in D. 15, 3, 10 § 3 Satz 2 „vielleicht nur durch eine Kürzung des Textes" unerklärlich geworden sein. In der Stelle falle das Fehlen der cautio iudicatum solvi, die doch der Sohn als defensor stellen mußte (vgl. auch Tuhr S. 147 N. 5), auf. „Sollten nicht", fragt Tuhr S. 148, „die Bürgen, die der Haussohn dem Kläger zu stellen hat, diejenigen Personen sein, welchen Ulpian die a. de in r. v. zusprach? *Sie* konnten in die Lage kommen, ante condemnationem zahlen zu müssen, ob rem non defensam" [dagegen unten am Schluß dieser Note], „und hatten einen Regreß gegen den Haussohn, den sie als Versionsklage gegen den Vater richteten: denn der Sohn hatte einen Naturalanspruch auf Befreiung von seiner im Interesse des Vaters übernommenen Regreßverpflichtung gegenüber den Prozeßbürgen." — Hiegegen in Kürze folgendes. Daß Ulpian die cautio i. s. und die Sponsoren des filius defensor aus dem Spiele ließ, ist nach dem Zusammenhang nicht weiter auffällig. Die ganze Erörterung (fr. 10 pr. — § 3) beschäftigt sich ausschließlich mit der actio *iudicati* und der ihr parallelen translatio iudicii de in rem verso. Durch ein Hereinziehen der actio *mandati* contraria de i. r. v. der Sponsoren wäre die Geschlossenheit der Gedankenentwickelung nur gestört und die Betrachtung auf ein anderes Gebiet abgelenkt worden. Die Sponsoren mußten Ulpian um so weniger interessieren, als sie durch die Litiskontestation über die actio iudicati, bzw. (wie ich freilich nur zögernd aussprechen möchte) durch den Vollzug der translatio iudicii, von der Haftung für die Judikatssumme befreit wurden. — Wäre Tuhr im Rechte, so müßten doch wohl irgendwelche *sprachlichen* Spuren von einem so schweren Eingriffe der Kompilatoren zurückgelassen worden sein. In Wahrheit wird die schärfste philologische Kritik unserem Texte (Satz 2) nichts anhaben können (wegen eines *sachlichen* kritischen Bedenkens s. unten S. 381). Die ebenfalls unanfechtbare

Was uns das fr. 10 § 3 Satz 2, wie wir es verstehen zu müssen glauben, lehrt, ist Folgendes.

Unversehrtheit auch des Textes von *Satz 1* (oben S. 354) liefert ein weiteres Argument gegen Tuhr, weil seine Hypothese ohne Eingriffe schon in Satz 1 nicht auszukommen vermöchte. Bezöge sich nämlich Satz 2 in der ursprünglichen Gestalt auf das de in r. v. patrem teneri *sponsoribus* und wäre in oder vielmehr hinter Satz 1 von den Sponsoren noch nicht die Rede gewesen (wie auch Tuhr S. 147 N. 5 annimmt), so müßte wohl Ulpian in Satz 1 zwecks Vorbereitung des Gegensatzes von einem teneri patrem *creditori* (welches verräterische Wort Tribonian schwerlich getilgt hätte) de in r. v. usque ad peculii quantitatem gesprochen haben. — Tuhrs Annahme wird ferner den feinen Nüancen von Ulpians vorsichtiger Ausdrucksweise nicht gerecht; denn daß die Sponsoren ihre actio mandati de in rem verso gegen den Vater richten können (wenigstens unter Umständen, d. h. wenn der filius intercessor das rem boni viri arbitratu defensam non esse nicht zu vertreten hatte), steht *außer jedem Zweifel* — und Ulpian hält es für geboten, die von ihm empfohlene Beurteilung des Tatbestandes als immerhin bestreitbar hinzustellen (durch das zurückhaltende *puto*) und die Verantwortung für sie ausdrücklich auf die eigenen Schultern zu laden (durch das den Mangel an Autoritäten offenbarende *ego*). — Im Bisherigen ist mit Tuhr (vgl. das Referat zu Anfang dieser Note) vorausgesetzt, daß die Sponsoren ante condemnationem filii in die Lage kommen konnten, 'ob rem non defensam' zahlen zu müssen. Diese Haftungsmöglichkeit hat zur weiteren Voraussetzung das Bestehen einer *Defensionspflicht des Beklagten im schwebenden iudicium* des Ordinarverfahrens. Von einer solchen Pflicht wissen aber die Quellen nichts (D. 3, 3, 42 § 7 Paul. 167 L. handelt vom Verteidigungs*recht* der Sponsoren; in D. 4, 8, 32 § 9 Paul. 251 c L. ist mit dem 'cogi litem exercere', 'cogi iudicium peragere' die Verteidigungs*last* gemeint; über die litis exercitatio in D. 46, 1, 8 § 3, die ebenfalls mit der Defensionspflicht richtiger Ansicht nach nichts zu schaffen hat, vgl. oben S. 363 N. 2). Vielmehr spricht alles dafür, daß das klassische (wie schon das alte) Ordinarverfahren zu einer Verurteilung gelangen konnte, ohne jede Mitwirkung des Beklagten im einmal begründeten iudicium; vgl. Eisele, Abhandlungen zum röm. Zivilprozeß (1889) S. 187 N. 54; Pernice, Parerga in Z²RG. 14 (1893), 160 f.; 19 (1898), 143. Die Klausel de re defendenda (an der m. E. nicht zu rütteln ist; durch non defendere wird sie resolviert) bzw. ob rem non defensam der cautio iudicatum solvi (vgl. Lenel, Edictum S. 417; Wlassak in Z²RG. 25, 1904, 132 f. N. 2) verfällt nur, wenn die Übernahme des iudicium unterbleibt. Wurde, wie in unserm fr. 10 § 3, die actio bereits übernommen, so ist es ausgeschlossen, daß die clausula rem defendi im Tuhrschen Sinne verfalle. Somit ist, gerade im Hauptpunkt, Tuhrs Erklärung der Stelle der Boden entzogen.

Die translatio iudicii wird auch schon *vor dem Tode des Sohnes*[1]), sofort nach vollzogener Streitbezeugung, der Versionshaftung dienstbar gemacht, falls deren privatrechtliche Voraussetzungen erfüllt sind. In der translatio erhält der Gläubiger das ihm bisher fehlende, *erstmals von Ulpian*[2]) im Wege der Analogie geschaffene *Zwangsrecht*, das ihm die Möglichkeit eröffnet, auch aus der rechtshängigen Forderung an den Sohn gegen den Gewalthaber im Prozeßwege vorzugehen. — —

In der vorstehenden Interpretation von fr. 10 § 3 Satz 2 ist mit den Ausgaben[3]) und den neuern Auslegern[4]) davon ausgegangen worden, daß der Zusatz Ulpians sich *nur* auf § 3 Satz 1 beziehe.[5]) Ob wirklich der Neuerung Ulpians eine so geringe Tragweite zukommt oder ob nicht vielmehr der Zusatz, der schon ante condemnationem die translatio iudicii de in rem verso empfiehlt, sich auf *alle* in fr. 10 pr. — § 3 behandelten Interzessionsfälle[6]) erstreckt, bedarf zum mindesten der Prüfung.

Schon Accursius, der im Gegensatz zu den Ausgaben mit den Worten 'Ego et ante' einen neuen Paragraphen beginnen läßt, meint[7]) von diesem Paragraphen: „ad *secundum* responsum legis“ (= § 1)[8]) „refertur et ad *proximum*“ (= § 3 Satz 1). Was ihn hinderte, das principium in den Kreis seiner Erwägungen zu ziehen, war der überlieferte, für ihn unantastbare Text. Der Grund, warum in der angeführten Glosse[7]) § 2 außer Betracht gelassen wird, liegt in der

---

[1]) Vgl. oben S. 364—369.

[2]) Vgl. oben S. 344 N. 3. Also kannte Papinian, dessen Erörterungen dem Ulpian den Anlaß zu seiner neuen Aufstellung gaben, die Verwendung des Translationszwangs im Dienste der adjektizischen Haftung noch nicht; vgl. oben S. 351. 353. 358.

[3]) Sie ziehen den Satz 2 'ego et ante' zu § 3. So in sämtlichen mit Paragraphenziffern versehenen Ausgaben, die ich eingesehen habe.

[4]) Vgl. Pernice und Tuhr a. a. O. (oben S. 358 N. 7).

[5]) Oben S. 369.

[6]) Oben S. 335 ff., 350 f., 351 ff., 353 ff.

[7]) gl. ego ad § 3.

[8]) Vgl. gl. condemnatus ad § 1: „idem et ante condemnationem ut infra eodem § *ego*“.

mißverständlichen und unentschiedenen Stellungnahme des Glossators zu diesem Paragraphen.[1])

Die sprunghafte Rückbeziehung von § 3 Satz 2 über § 2 hinweg auf § 1, wie sie Accursius befürwortet, wird heute niemand mitmachen wollen. M. E. hat man mit *drei* Möglichkeiten zu rechnen.

I. Die Worte 'post iudicium *patris nomine* acceptum' (§ 3 Satz 2) sind nicht in dem strengen Sinne zu deuten, daß sie nur die Fälle umfassen könnten, in denen die intentio der Klage den Vater als Schuldner bezeichnet; m. a. W. das *alicuius* nomine iudicium accipere ist nicht identisch mit dem technischen *alieno* nomine iudicio intervenire.[2]) Vielmehr gebraucht Ulpian in laxer Ausdrucksweise 'patris nomine' = 'pro patre'. Mit solcher Laxheit steht Ulpian keineswegs allein; Gaius[3]) spricht vom fideiussor (sponsor, fidepromissor) sogar als von einem Schuldner, 'qui *alieno* nomine obligatur'. Schon eine genaue Betrachtung des § 3 unsrer Stelle führt zu dem Ergebnis, daß Ulpian das 'patris nomine' hier gar nicht im technischen Sinne des alieno nomine conveniri gebraucht haben *kann*. Wie lautet die intentio in der Formel der vom Sohn übernommenen actio de peculio? Abgesehen von den geänderten Namen gewiß nicht anders als in der Formel, mit der der Vater selbst belangt werden könnte. Diese Formel aber denke ich mir so:

---

[1]) gl. nisi si donare ad § 2: „.. sed cui hoc casu de in r. v. datur actio? respondeo: qui in hoc filio *crediderit*, ut pro tali facto solvat" (vgl. oben S. 335/6; damit würde § 2 unter den auch für das principium ausschlaggebenden Gesichtspunkt gerückt) „vel ei, qui *litem contestatus est* animo novandi, ut supra" (= § 1) „et infra" (= § 3). Mit der zweiten Erklärung blieb für Accursius die Möglichkeit offen, auch in § 2 eine Versionshaftung schon ante condemnationem anzunehmen. Vielleicht schien ihm das bloße 'convenerim' (ohne 'et sit condemnatus') in § 2 diese Annahme ohne weiteres nahezulegen.

[2]) Gai. IV, 87. Auf die Verschwommenheit der Phrase '*alicuius* nomine iudicium accipere' hat M. Rümelin, Zur Gesch. der Stellvertretung im röm. Zivilprozeß (1886) S. 12 aufmerksam gemacht.

[3]) D. 44, 7, 1 § 8 (Gai. 498 L.); vgl. ferner D. 46, 3, 97 (Pap. 57 L.), wo die causa fideiussoris als 'aliena causa' erscheint.

S. p. Gaium, qui in potestate N[i] N[i] patris est, A° A° X dare oportere, iudex, N[m] N[m1]) A° A° X dumtaxat de peculio et si quid dolo malo N[i] N[i] factum est, quo minus peculii esset, c. s. n. p. a.

Trifft das Gesagte zu, so ist es nicht der Vater, sondern der Sohn, der in der intentio der vom filius defensor übernommenen actio de peculio als Schuldner figuriert. Das iudicium 'patris nomine' acceptum ist also zwar *interzessions*weise (pro patre) übernommen, aber nicht wegen eines patrem dare oportere. Von einem iudicium accipere im Wege der Interzession für den Vater darf und muß man aber auch dann sprechen, wenn der filius *fideiussor* (pr. der Stelle im echten Wortlaut) oder der filius *expromissor* (§ 2) belangt wird. Damit ist m. E. bewiesen, daß das ante condemnationem post iudicium patris nomine acceptum de in rem verso patrem teneri sich auf *alle* in fr. 10 behandelten Fälle der Interzession (pr. bis § 3 Satz 1) beziehen kann und bezogen hat.[2]) Von unserm § 3a aus fällt nun ein neues Licht auf den bereits früher[3]) als möglich hingestellten Satz, daß in *sämtlichen* Interzessionsfällen der naturale Liberationsanspruch des Sohnes spätestens mit der Litiskontestation fällig wird. *Sicher* ist dies schon nach dem oben Dargelegten für die anfängliche privative Interzession durch unbeauftragte defensio (§ 1 d. St.)[4]), für gleichartige Interzession durch expromissio mit nachfolgender Belangung des Novationsschuldners (§ 2 d. St.)[5]) und für die surrogative Interzession des § 3 d. St.[6]); und *kaum* mehr *bezweifelbar*[7]) für die kumulative Interzession durch

[1]) An dieser Stelle, also in der *condemnatio*, setzt (wenn von der im Relativsatz der intentio nötigen Änderung des N[i]N[i] abgesehen wird) die 'Umstellung der Subjekte' ein, falls an Stelle des Vaters ein anderer den Passivprozeß de peculio übernimmt.

[2]) Angesichts dieses Ergebnisses muß man fordern, daß mit den Worten 'Ego et ante' in den künftigen Ausgaben ein neuer § 3a anhebe.

[3]) Vgl. insbesondre oben S. 341—343.

[4]) Oben S. 342 N. 1. 2 a. E., S. 351.

[5]) Oben S. 342 N. 1. 2 am Anfang, S. 352/3.

[6]) Oben S. 358. 369 ff.

[7]) Vgl. dagegen noch oben S. 342 f.; auch S. 344. Was nunmehr den Zweifel verscheucht, ist die offensichtlich alle Interzessionsfälle,

Bürgschaft mit nachfolgender Belangung des Bürgen (pr. d. St.). —

Wer der vorstehenden glatten, m. E. durchaus annehmbaren Lösung skeptisch gegenübersteht, hat sich, so gut oder schlecht es gehen will, mit einer der beiden letzten Möglichkeiten abzufinden:

II. *Entweder:* Ulpian hat seinen neuen Gedanken *nicht durchgedacht.* Er ist auf weniger als halbem Wege stehen geblieben, indem er die translatio de in r. v. im Falle der surrogativen Interzession des § 3 Satz 1 zuließ, ohne zu empfinden, daß dieselben Gründe für Zulassung derselben translatio bei den kumulativ-privativen (pr.) und anfänglich-privativen Interzessionen (§ 1. 2) zu sprechen scheinen.

III. *Oder:* In Satz 2 des § 3 sind die untechnischen Worte 'patris nomine' *interpoliert*[1]); hinsichtlich der Erstreckung von Satz 2 auf alle Interzessionsfälle (pr. bis § 3 Satz 1) gilt genau dasselbe, was oben[2]) zu I ausgeführt worden ist.

Die Entscheidung zugunsten der einen oder der andern von den beiden letzten Alternativen (II und III) müßte um deswillen überaus schwer fallen, weil es dabei fast allein auf das Maß von Vertrauen ankäme, das man zu dem Können Ulpians hegte. Vielleicht wäre mancher nicht abgeneigt, dem schon mehr als einmal rehabilitierten Ulpian das nötige Vertrauen in diesem Falle zu schenken und der letzten Alternative (III) vor der zweiten den Vorzug zu geben. Wer wie Ulpian — so könnte man für ihn plädieren — imstande war, ein juristisches Kabinetsstück wie unsern § 3 zu liefern, der war auch Mannes genug, um die Konse-

---

also auch den Fall des pr., umspannende generalisierende Fassung des § 3a.

[1]) Die Interpolation wäre wohl als erklärende gedacht gewesen, aber als rechtsändernde ausgefallen. Wer glaubt, daß jede Änderung im § 3a über Tribonians Horizont gehe, der mag an ein vortribonianisches Glossem denken (nach Lenel, Palingenesia 2, 608 not. 1; 611 not. 1 ist Ulpians Buch 29 zum Edikt allerdings mehrfach glossiert). Vielleicht ist es nicht überflüssig, wiederholt zu betonen, daß nach meiner Ansicht zur Annahme einer Interpolation oder eines Glossems in § 3a keinerlei Anlaß vorliegt.

[2]) S. 380.

quenzen, zu denen seine Idee der translatio iudicii[1]) für weit einfachere Interzessionserscheinungen (im pr., in § 1 und 2) führen mußte, zu überschauen und zu ziehen.

Die beiden letzten Auswege (II. III) sind nicht dazu angetan, es uns bereuen zu lassen, daß wir unter den drei Wegen den ersten (I) eingeschlagen haben.

[1]) Selbst in dem allein zweifelhaften Falle der Belangung des filius fideiussor. Die Fälligkeit des Bürgenregresses schon im Momente der Litiskontestation mit dem Bürgen lag auch ihrerseits im Zuge folgerichtiger Entwickelung (oben S. 342).

Volksspruch und Kunstregel bei der Konsumption.

Von

Otto Gradenwitz.

ie Einwirkung des Prozesses auf die Parteistellung wird bei den Römern durch drei Regeln gekennzeichnet: 1. Bis de eadem re ne sit actio. 2. Ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. 3. Res iudicata pro veritate accipitur u. ähnl.

Die erste sagt nur über den Prozeßbeginn (Litis contestatio) aus, die zweite über Litis contestatio und Urteil, die dritte über das Urteil allein.

Wie die drei Regeln sich zur exceptio rei iudicatae stellen, ob der Prozeß nur das Klagerecht verbraucht oder zugleich das materielle Rechtsverhältnis bindend festlegt, ist seit Keller (1827), Savigny (1849), Bekker (1853) Gegenstand der gelehrten Untersuchung. Im folgenden soll versucht werden, den drei Regeln nachzugehen, ihren mutmaßlichen Ursprung, die mutmaßliche Verwirklichung der beiden ersten zur Zeit der Legis actio darzustellen, das Verhältnis der drei zu einander für die Zeit der erhaltenen Klassiker zu bewerten und gesonderte Anwendungsgebiete für sie zu erraten. — Daß es sich lediglich um einen Versuch handelt, sei vorweg bemerkt.

I. Die Kunstregel post litem contestatam condemnari oportere.

Zu der Frage nach der Bedeutung der Novatio kann ich nur das Eine beitragen: die einzige Stelle, die expressis verbis von novare (nicht aber novatio) bei der l. c. spricht, ist Vat. 263 (Pap.): Eam quae bona sua filiis per epistulam citra stipulationem donavit si neque . . . nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit, nihil egisse placuit.

Hier ist nicht eine gewöhnliche Novation ins Auge gefaßt, sondern eine Novation mit Personenwechsel, aktive Delegation bei dem ersten Falle (nec), und bei dem zweiten (aut) ebenfalls eine Ernennung zum Prozeßvertreter, also interventus novae personae (Gaius III 176), wodurch die Analogie näher gelegt wurde, als beim gewöhnlichen Fall des Prozeßbeginnes durch den alten Gläubiger selbst. Gaius geht a. a. O. davon aus, daß: interventu novae personae nova nascitur obligatio, und wenn hierin die Berechtigung des Wortes und der Ursprung des Begriffes liegt, so kann allerdings die Übertragung auf den Prozeßbeginn mit Personenwechsel gerade um deswillen gemacht werden, weil auch hier eben der Personenwechsel ein subjektives novum mehr noch macht, als der Prozeßbeginn für sich ein objektives. § 176: interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, § 180 . . . obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione. Hier ist das subjektive Moment bei der Novation ganz in den Vordergrund geschoben, bei der Litis contestatio das objektive, und darum wäre hier ein novare in Beziehung auf die Letztere nicht so einleuchtend, wie bei Papinians Fall, wo sie eben durch die subjektive Änderung gerechtfertigt wurde, die dort auch bei der Litis contestatio vorging.

Abgesehen von der Übertragung der Worte ist zu beachten, daß die obige Parömie sich lediglich auf Obligationen bezieht: sie steht im Gaianischen Bericht unter den Mitteln, durch die tollitur obligatio und wird als eine Regel bezeichnet, die für den debitor gilt. Es ist aber der Gaianische Bericht über die Obligationen, nach Pernices[1]) unwiderlegt gebliebener Feststellung, ursprünglich gedacht als Entrollung der causae, aus denen pecunia certa mit der actio de pecunia certa credita geschuldet wird, und die Erwähnung der Konsensualkontrakte eine spätere systematische Einschaltung, welche sich als solche schon dadurch kundtut, daß sie bei der sublatio obligationum nicht ihr Gegenstück in einem contrarius consensus findet. Die sublatio obligationum ist

[1]) Pernice, Z. S.-St. 22, 222.

abgetönt auf das certum: 1. solutio, 2. imaginaria solutio (a) acceptilatio, b) solutio per aes et libram), 3. novatio, 4) litis contestatio. Ganz altertümlich und wie ein erratischer Block ragt die solutio per aes et libram hinein; aber auch sie ist auf das certum gemünzt, wenn auch neben der pecunia beim Legat hier sicher noch quod pondere und möglicherweise auch quod mensura valet in Betracht kam. Sie ist wohl das im historischen Zusammenhang schwierigste und merkwürdigste Stück und ihre Wechselbeziehung zu IV, 21 ist evident. IV, 21 bringt manus iniectio 'veluti iudicati' lege XII tabularum, darauf die Formel: quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat: Quod tu mihi iudicatus (sive damnatus) es sestertium X milia, quandhoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum inicio.

Man wird bezweifeln dürfen, daß von allem Anfang her die Formel lautete: iudicati (manum inicio), da der Gegensatz der manus iniectio pura und pro iudicato selbst erst durch die singulae leges eingeführt wurde, welche nach und nach manus iniectio gaben: nachdem einige das Judikat als Vorbild genommen hatten: (tibi) pro iudicato (manum inicio), suchte die manus iniectio aus iudicatum sich der Titulatur ihrer Nachbildungen anzupassen und voranzustellen. Wie der Gaianische Bericht vorliegt, zeigt er folgende Inkonzinnität: 1. Manus iniectio — lege aliqua — veluti iudicati lege XII tabularum. Quae actio talis erat: Quod tu mihi iudicatus sive damnatus es, — ob eam rem tibi iudicati (nicht: sive damnati) manum inicio.

Nun vergleiche man die imaginaria solutio per aes et libram bei Gai. III, 173: Quod et ipsum genus in certis causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur (etc.) . . . quod ego tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra . . . § 175 Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato quod per damnationem relictum est, ut tamen sicut iudicatus condemnatum se esse significat, ita heres se damnatum esse dicat.

Hier bezeichnet sich der Judizierte als condemnatus, und der Erbe als dare damnatus, während der Judizierte

bei der manus iniectio vom Gegner als iudicatus angesprochen wird, neben dem ein damnatus als Variante auftritt. Aber mehr noch. Im Verlauf der Formel der manus iniectio fällt der damnatus weg, und iniziert wird nur iudicati. Genau so fällt III §§ 174. 175 das gestum per aes et libram fort, und es bleibt nur übrig der iudicatus und der hinzutretende dare damnatus heres. Es scheint, daß entweder hier per aes et libram, dort sive damnatus aus uns unbekannten Gründen später eingefügt wurde, oder daß beides als Rudiment einer gar zu antiken und darum später, aber unvollkommen, gestrichenen Bildung stehen geblieben ist. Denn die Erzählung Gai. III 174 eben wie die Charakterisierung von manum inicio IV 21 läßt jene beiden Anwendungsfälle aus. Jedenfalls ist Gai. III 173—175 dem Anwendungsfalle der manus iniectio entnommen, wie die übrigen Gaianischen Ausführungen über die Aufhebung der obligatio sämtlich der condictio, und also, ins Gebiet der Legis actio übertragen, der legis actio per condictionem entstammen (solutio: res; acceptilatio: verba litterae). Unser Spruch nun: quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere ragt sicher in die Legisaktionenzeit hinein. Was erst in der Übergangszeit zu den concepta verba aufkam, würde Gaius kaum mit der antikisierenden Marke 'apud veteres scriptum est' aufgeführt haben.[1]) Ist es aber eine Regel der Legisaktionenzeit, so fragt es sich, ob sie für alle Legisaktionen oder nur für einige, gar viel-

[1]) Wo Gaius (die Stellen nach Seckel-Heumann) einfach die Einrichtungen der veteres bespricht, deutet die Erscheinung auf die Periode der interpretatio des ius legitimum der XII tabulae: I 165: tutela legitima; II 55 usucapio lucrativa; III 189 poena furti manifesti vor der Einführung des quadruplum; III 202 ope consiliove; IV 30 legis actiones. Selbst I 188, wo die akademische Streitfrage der Einteilung der tutelae behandelt wird, und das Auctorengefühl ihn veranlaßt, aus seinem Q. Mucius-Werk zu berichten, bringt er immerhin Q. Mucius, Ser. Sulpicius und dann Labeo. Umsomehr wird man hier, wo eine erstarrte Parömie der veteres vorliegt (scriptum est, wie III 202 veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum), die Entstehung der Parömie weiter zurückdatieren müssen.

leicht eine, berechnet war. Ihr materielles Substrat ist das dare oportere und subjektiv ihr unterworfen der debitor. Das letztere trifft auf alle Legisaktionen zu, denn in personam gehen sie alle. Aber das dare — nicht facere, praestare — oportere, das Gaius schildert, ist, wie oben nach Pernice ausgeführt, das der condictio, und so scheint die Parömie zunächst auf deren Kreis berechnet[1]) und verfolgt den Kondiktionsschuldner vom bindenden Ereignis durch den Prozeß hindurch bis zur Vollstreckung.

Der Inhalt der Parömie ist, wenn man ihn ohne Rücksicht auf andere Schlagworte für sich ins Auge faßt, folgender: Nach der litis contestatio findet dare oportere nicht mehr statt, es ist der Schuldner nicht mehr verpflichtet zur Leistung. Hierin liegt denn freilich vor allem, daß der zweite iudex den Beklagten zu absolvieren hat, wenn er, der iudex, mit der gleichen Kondiktionssache, wie wegen deren schon einmal lis kontestiert ist und der erste Prozeß schwebt, betraut werden sollte. Der Grund hierfür braucht aber nicht in irgend welchen im Prozeßrecht tätigen Kräften gesucht zu werden, er scheint auf der Hand zu liegen: wer eben vor einem Richter steht, um sich vor diesem über Schuld oder Nichtschuld auszuweisen, von dem ziemte es sich nicht, daß er zahle, sondern daß er auf den Richterspruch harre. Es schickt sich auch für den wirklichen Schuldner nicht zu zahlen[2]), sondern zu warten, was sein Richter sagen wird, und deswegen gilt die Leistungspflicht als lite pendente nicht vorhanden. Es ist der so sehr weit gefaßte Begriff des dare oportere, dessen Dehnbarkeit es ermöglicht, eine solche Auslegung zu geben, daß der Beklagte in der Tat für jede weitere Klage als Nichtschuldner

---

[1]) Post cordem nationem iudicatum facere oportere weist auf eine ursprüngliche Beziehung zur manus iniectio: die durch Gellius 15, 13, 11 überlieferten Worte: . . . post deinde manus iniectio esto. in ius ducito. ni iudicatum facit aut quis endo eo [in iure] vindicit zeigen das iudicatum facere als einen der technischen Ausdrücke, die bei der manus iniectio der XII tabulae statthatten. Doch deutet das mildere oportere auf eine prozessualische Abschwächung jener alten Selbsthilfeaktion (vgl. Bekker, Aktionen, Kap. I.).

[2]) Trotz L. 60 D. 12, 6, welche der späteren Zeit angehört und eine naturalis obligatio voraussetzt.

gilt. So wird hier aus dem Begriffe des dare oportere als des Wesens der Obligation die Folgerung gezogen, daß, sobald der erste Prozeß eingeleitet, ein zweiter nicht etwa nicht gestattet, sondern, falls eingeleitet, aussichtslos sei.[1]) Es kann sich hiernach der Beklagte getrost auf einen zweiten Prozeß einlassen, denn er ist sicher, in diesem freigesprochen zu werden. Dieser einfache Sinn des Spruches wird verdunkelt durch eine Komplikation, die Gaius im Sinne seiner Zeit hinzufügt. 'Die Parömie ist ohne weiteres wahr nur für iudicia legitima, sonst gibt es bloß exceptio.' Ich vermeide es, hier auf diesen Gegensatz einzugehen, der mit der Grundbedeutung der Parömie nichts zu tun hat, und verwende nur das Tempus des § 181 in folgendem Sinne: Das Kriterium für die Vernichtung des dare oportere selbst ist in der Natur des ersten Prozesses gelegen: § 181 si legitimo iudicio debitum *petiero* postea de eo ipso iure agere non possim . . . aliter atque si imperio continenti iudicio *egerim;* tunc enim nihilo minus obligatio durat et ideo ipso iure postea agere possum. Das sieht so aus, als wenn das Hauptgewicht auf die Unebenbürtigkeit des imperio continens gegenüber dem legitimum gelegt war und an den Fall gedacht war, wo unter allen Umständen das zweite iudicium legitimum war, und gewissermaßen der iudex des zweiten und legitimum sich hätte weigern müssen, die dare oportere tilgende Kraft des imperio continens von sich aus anzuerkennen; man konnte ein zweites iudicium, und dieses legitimum, anstellen und der Richter kondemnierte, indem er sagte: kommt ihr jetzt zum altrömischen Gericht, so muß ich verurteilen, ohne mich um die nichtaltrömische Vorbescheidung oder gar nur Voreinklagung zu kümmern — es sei denn, daß ich Weisung von oben habe — das dare oportere aber ist unberührt. Sollte über die gleiche Schuld ein iudicium legitimum nach anhängig gemachtem imperio continens möglich werden, so muß eine der drei Bedingungen der Legitimität im ersten Prozeß gefehlt haben und im zweiten ersetzt sein: a) im ersten Prozeß nicht unus iudex, wohl aber im zweiten. Dieser Fall dürfte, an

[1]) Nicht iudicium dari non oportere, sondern mehr debitorem dare non oportere.

sich selten, bei der condictio niemals vorgekommen sein. b) im ersten Prozeß ein Peregrine dabei, im zweiten omnes cives Romani, etwa infolge von Erbgang: gewiß kein Bedenken, daß der Richter des zweiten Prozesses sich zu vornehm dünken mußte, um von dem ersten Prozeß Notiz zu nehmen, wenn statt translatio iudicii ein neuer legitimer Prozeß eingerichtet wurde. c) der erste Prozeß außerhalb der Bannmeile: man kann sich auch hier vorstellen, daß von Rechts wegen der außerhalb eingerichtete Schuldprozeß nicht als Tilgungsgrund für dare oportere betrachtet, und ein dare oportere vom zweiten Richter daher anerkannt wurde.

Wenn die bloß imperio zusammengehaltenen Prozesse um dare sich wirklich auch untereinander von Rechts wegen nichts angegangen haben sollten, so war dies vielleicht bloße Analogiebildung; an sich hätte es sich geschickt, auch hier das dare oportere für den zweiten Imperiumprozeß bei schwebendem ersten zu leugnen. Mit andern Worten: Die Tatsache, daß das imperium-Gericht vom legitimum-Richter nicht für voll angesehen zu werden braucht, verhindert, daß der Richter des legitimum leugnen muß, es bestehe ein dare oportere, falls ein imperium-Iudicium schwebt. Will man eine weitgehende Formel hierfür wählen, so kann man sagen, es bestehe das Recht der legitimum-Träger, auch die schwebenden imperium-Prozesse schon während der Dauer des imperium zu avozieren; die von vornherein dem imperium-iudicium anhaftende Befristung legt es überhaupt nahe, in ihm der ursprünglichen Bedeutung nach ein Judicium provisorischer Natur zu erblicken, denn auch das Judikat aus diesem Judicium geht 'von Rechts wegen' den iudex des zweiten legitimum nichts an.

Die Ebenburt erhalten diese iudicia von Rechts wegen niemals, von Prätur wegen durch 'exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae' — deren Ein- oder Zwei-Gestaltung eben wie die der actio de peculio et de in rem verso noch lange Gegenstand lehrreichen Streites bleiben mag, — die aber dem iudex die Anweisung gibt, an dem Mangel der Legitimität sich nicht zu stoßen: man kann sie eine exceptio in factum concepta nennen, als exceptio fictitia in ius concepta hätte si lauten müssen: si quod iudicium Ravennae

acceptum est (id) Romae acceptum esset, tum si N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} X dare oporteret, N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} X condemna, si non paret absolvito, hier wäre also fictio statt exceptio gewesen.

Man könnte hier in der Formel die Erwähnung der fides bona vermissen, und meinen, daß nur nach dem Grundsatz 'ut inter bonos bene agier oportet' ein dare oportere nicht habe stattfinden sollen, wenn schon ein anderes iudicium schwebte; allein dies fand bei der Klage auf certum nicht statt, bei der eben nichts oder alles zu erwarten war. Immerhin muß der Gedanke früh ins Recht gekommen sein, und die Parömie, die kaum einem Gesetz, weit eher einer Interpretation entstammt zu sein das Ansehen hat, tritt uns entgegen wie ein Rechtsbehelf, der einen Rechtserfolg hinüberretten will auf neues Gebiet: zu kunstvoll gegliedert, um Volksprodukt zu sein, zu einfach in der Begründung, um selbständiger Juristengedanke zu sein, scheint sie einen im Urrecht liegenden Gedanken auf neue Verhältnisse zu übertragen.

II. Der Volksspruch: Bis de eadem re ne sit actio.

Gaius IV 108 sagt uns zwar: Alia causa fuit olim legis actionum; nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum, und er sieht von seinem Standpunkt aus die Sache so an: während im Formularprozeß für alle Fälle des in rem actum, naturnotwendig, und für die Imperium-Judicia des in personam actum, staatsrechtlich, exceptio rei judicatae vel in judicium deductae helfen mußte, habe man zur Zeit der legis actio dies Rechtsmittel noch nicht gehabt; daraus folge logisch, es habe zur Zeit der legis actio über das, worüber einmal verhandelt war, nie mehr, ipso iure nie mehr, verhandelt werden können. Hieran ist so viel leichtverständlich: wenn zur Zeit der legis actio eine Klage in personam stattfand, so konnte niemals auf exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae abgestellt werden — denn es gab keine. Aber wenn wir über den Kreis der actio in personam hinausgehen, so ergibt sich folgendes. Agi ipso iure non potest ist der Gegensatz von exceptio: im Falle der actio in personam ist gemeint,

es habe das dare oportere, das klägerische Forderungsrecht, das schuldnerische Geben-sollen, nicht mehr bestanden, und der darüber befragte iudex habe daher von sich aus, von Rechtswegen, freisprechen müssen, wenn der Prätor ihm aufgab, dies Recht zu untersuchen und je nach dem Ausgang dieser Untersuchung sein Urteil zu fällen. Der Gegensatz war: A) exceptio: Prätor weist iudex an, von Macht wegen freizusprechen, wenn dare oportet, aber ein alter Prozeß unebenbürtiger Natur bereits hängt. B) Dagegen: 1. Prätor läßt über dare oportere entscheiden, *ohne weitere Weisungen*. Persönliche Forderung, legitimes Gericht, sei es bloße Formel, sei es legis actio schwebt schon: dare non oportet, Freisprechung. 2. Prätor läßt über 'res A^i A^i est' entscheiden; a) concepta verba, der Prätor muß allemal Exzeption anfügen, denn sonst muß der iudex verurteilen, auch wenn iudicium legitimum de eadem re schwebt; denn die Frage, utrius ea res sit, und utrum A^i A^i sit necne, ist von dem Schweben eines andern Prozesses nicht in gleicher Weise zu beeinflussen, wie die Frage, an alterum alteri dari oportet. Mag ein Prozeß schweben oder nicht, die Sache gehört dem Kläger, wenn er es beweisen kann, und dies zu ermitteln, ist der Richter angewiesen. Darum ist hier das Vehikel der exceptio überall nötig. Das bedeutet nun für die Zeit der concepta verba freilich, daß alle in rem-Prozesse der Formelzeit in einem spätern Prozeß der Formelzeit in gleicher Weise geltend gemacht wurden wie illegitime Forderungsprozesse der Formelzeit — durch exceptio, — aber durchaus nicht, daß im Legisaktionenprozeß das ipso iure agi non poterat der in rem-Klagen und der Forderungsklagen unter einander gleich war, oder gar, daß die in rem-Klage gleich dem dare oportere — condemnari oportere behandelt wurde. (Ipso iure) agi non potest ist bei den Pandektenklassikern = Freisprechung ohne exceptio, Freisprechung officio iudicis, also es ist die Möglichkeit, ohne weiteres die Klage in iudicio scheitern zu lassen durch eine anspruchzerstörende Behauptung, die dem Prätor vielleicht gar nicht vorgelegen hat, jedenfalls von ihm nicht in die Intention geschrieben ist. So wenn als Gegensatz doli mali exceptio auftaucht, die wiederum bonae fidei iudiciis inest

(L 5 § 1 D 19, 1: Sed si falso existimans se damnatum vendere vendiderit, dicendum est agi cum eo ex empto non posse [quoniam doli mali exceptione actor summovere potest] quemadmodum si falso existimans se damnatum dare promisisset, agentem doli mali exceptione summoveret. etc.)

Dieses agi non potest des Formularprozesses findet freilich in dem vindicari, peti non potest sein Seitenstück bei den dinglichen Klagen des Formularprozesses, ist aber in seiner Bedeutung ipso iure agi non potest doch nur verständlich durch den subintelligierten Gegensatz des per exceptionem repelli; denn es bedeutet streng genommen, etiam non opposita exceptione is quocum agitur absolvendus est. Wo dieser Gegensatz der exceptio, wie im Legisaktionenprozeß, fehlte, ist agi non potest in schärferer Weise zu fassen. Beim Formularverfahren ist agere (actio) zu einer farblosen Bezeichnung für die klägerische Tätigkeit herabgesunken, im Legisaktionenprozeß bedeutet es die mangelnde Parteitätigkeit in iure. Agi cum eo ex empto non potest bei Paulus meint nichts als was in actionem empti nihil veniet sagen würde: die Klage kann angestellt werden, aber sie ist hohl, sie erzielt nicht eine Verurteilung: das ist hier ganz deutlich, weil ein Kauf ja zweifellos vorliegt, actio empti also begründet ist; die Klage kann aber nie zur Verurteilung führen, weil die obligatio selbst mit einer condictio indebiti zurückzuholen, daher erst recht durch die exceptio doli zu parieren wäre, diese aber bonae fidei iudiciis inest und daher agi non potest = iudicium absolutionem adfert. Aber solches agi non potest = litem perdit, qui agit ist beim Sprachgebrauch der Legisaktionenzeit nicht annehmbar. Nicht darin fand die Unmöglichkeit, bei einer Klage de eadem re zum Ziele zu gelangen, zur Zeit der legis actio ihren allgemeinen Ausdruck, daß der Richter bei der zweiten Klage von sich aus auf Grund der ihm von einem Teil bewiesenen frühern actio freisprach: wäre dies, so wäre qui bis de eadem re agit, litem perdit oder rem perdit (Gai. IV, 11) der angemessene Ausdruck. Aber ferner: wer von beiden war bei der zweiseitigen vindicatio dann der Verlierer, dessen sacramentum iniustum war? Der erste Vindikant der zweiten actio? Oder der Verlierer

bei der ersten actio? Daß die Konsumption der fiktiven Wahrheit des Urteils gewichen sei, wird für diese Zeit niemand annehmen.

Es ist also die Gaianische Formulierung des Gegensatzes geeignet, uns in die Legis actio ein Element hineintragen zu lassen, welches nur für die concepta verba Bedeutung hat. Nur für die Regel Gai. III 180: ante litem contestatam dari oportere, post l. c. condemnari oportere paßt seine Fassung, für die legis actio in rem versagt sie. Damit aber versagt sie vor allem für die Auslegung der Regel: bis de eadem re ne sit actio. Diese ist konkreter und schärfer anzufassen:

Wenn die Hauptsache bei der Verhandlung die Parteitätigkeit ist, die in den sollemnia verba ihren Ausdruck findet, so wird es von vornherein wahrscheinlich sein, daß die Regel eben auf diese Tätigkeit zielt, und ein Hindernis im Sinne hat, welches dem lege agere selbst bereitet war.

Ist dies der Fall, so war hier in ähnlicher Weise vorgesorgt, wie später durch die exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae, indem nämlich die prozeßhindernde Einsprache der Regel vor der constitutio iudicii abgemacht wurde, so wie sie im Formularprozeß mit exceptio, mindestens von dem Richter, *vor* der Einlassung auf die Sache abgemacht werden sollte. Es schied sich die Einsprache auf Grund der Regel äußerlich so vom Sachverfahren wie durch Einfügung der exceptio in späterer Zeit der Konsumptionseinwand der Formelzeit, während die ipso iure sublatio der obligatio es, äußerlich betrachtet, ins Belieben des iudex stellte, ob und wie er die Prüfung der sublatio vor dem Eingehen auf die Sache vornehmen wollte.

Nun ist uns bezeugt, daß die Regel gar nicht einmal lautete: bis de eadem re agi non potest, sondern: bis de eadem re ne sit actio; das heißt, sie leugnete nicht, daß ein zweites Mal verhandelt werden könne, sie verbot nur die zweite Verhandlung. Um so mehr ist hier der Gedanke fallen zu lassen, als handelte es sich um eine Anspruchs-Annullierung für den zweiten Prozeß, die auf Grund des ersten Prozesses statthatte; um so mehr ist einleuchtend,

daß ein Mittel gegeben ist, dem erneuten Verhandeln sich zu entziehen. Für die Regel der condictio: ante litem contestatam dari oportere, post litem contestatam condemnari oportere paßt der Gegensatz der exceptio des Formularrechts insofern, als der Richter hier zu absolvieren hat (auch zur Zeit der legis actio) sobald er findet, daß eine legis actio über den Fall bereits vorgenommen worden (oder, zur Zeit der concepta verba, daß ein iudicium bereits angenommen war): es ist hier eben officium iudicis, auf welches durch die Parömie eingewirkt werden soll. Auf die Regel bis de eadem re ne sit actio paßt der Gegensatz der exceptio ganz und gar nicht. Zu dieser Regel verhält sich das späterer Zeit vorbehaltene Exzeptionsvorbringen in anderer Weise gegensätzlich: Wenn in der Formularzeit eine res iudicata vel in iudicium deducta wiederum vorgebracht wurde, und der Tatbestand nicht so klar war, daß alsbald denegatio erfolgte, dann wurde die exceptio eingeschaltet und dem iudex ihr Vorbringen zur Untersuchung ausdrücklich überwiesen; er mochte es vor dem Sachbegehren — prozeßhindernd — abmachen, — die Frage gehörte in sein iudicium, und die Neuheit, deren usus zur Zeit der legis actiones nicht bestand, war eben, daß jetzt dem Richter durch die exceptio und ähnliche adiectiones auch Dinge, die mit der Sachfrage nichts zu tun hatten, in die Order geschrieben wurden; dies Mittel, die Frage für den iudex mit willkürlichen Nebenkräften zu belasten und aus der eigentlichen Richtung zu drängen, gab es noch nicht zur Zeit der legis actio, und so konnte auch nicht die Regel: bis de eadem re ne sit actio ihm jeweils besonders eingeschärft oder ans Herz gelegt werden. Ebensowenig aber verstand es sich von Rechts wegen, daß er sie zu berücksichtigen hatte: denn nicht ein Anspruch wird durch sie vernichtet (wie durch die Parömie p. l. c. condemnari oportere), nicht bis de eadem re ne fiat condemnatio, oder bis actae rei ne fiat condemnatio, sondern actae rei ne sit actio. Die Regel wendet sich nicht an die Personen in iudicio, sondern an die Personen in iure.

Hält man nun an der Meinung fest, daß die Parömie aus Gaius III, 180 der Condictio und deren legis actio eigen,

so bleibt um so mehr für die Regel bis de eadem re ne sit actio das sacramentum und zwar vor allem die Legis actio in rem.

Sicher ist res, im entwickelten Recht der Regel nicht gleich 'körperlicher Gegenstand', aber für die Erfindung, den Ursprung der Regel wird es doch passend sein, sich Verhältnisse vorzustellen, in denen wie litis et vindicianum = rei et fructuum, so res = körperlicher Gegenstand gedeutet werden mußte. Dies ist nicht nur sprachlich, sondern auch sachlich das natürliche. Die Regel hat etwas von einer spontanen Interjektion an sich, wie etwa: ne sutor ultra crepidam. Sie ist wie der Aufschrei des gekränkten Rechtsgefühls; so wird sie passender gedacht für den Fall, wo das gleiche Stück noch einmal in ius gebracht wird, als für den gleicher Schuldforderung, bei dem ja aus dem Aio te mihi decem dare oportere noch keineswegs hervorgeht, ob das eadem decem sind, die schon einmal gefordert waren. Eben deswegen ist für eine Obligation das iudicium, welchem durch die Parömie Gaius III die Untersuchung über die Frage an eadem res zugewiesen wird, der geeignete Ort zur Erhebung des Einspruchs, — bei einer Actio in rem liegt die Sache doch einfacher, darum kommt hier das ius in Betracht.

Wenn ich mich nun frage, wie die 'Exclusiva' und an welchem Punkt des Verfahrens sie anzubringen gewesen sein mag, diese Interzession auf Grund früherer Actio de eadem re, so scheint mir folgendes das Natürliche: Vindicatio und contravindicatio dienen nurmehr der Feststellung der res; man mag sie in der ursprünglichen Gestalt denken, da auf dem Grundstück der Kampf sich abspielte, dessen Trennung durch die Obrigkeit dem Recht zum Siege über die Fehde verhalf, oder in der späteren, da die Individualisierung der res durch Herbeibringung des Mobile und symbolische Heranschaffung einer Partikel des Immobile erfolgte — dies Verfahren dient, res, qua de sit actio zu konstatieren, und an diese Feststellung die Eigentumsbehauptung zu knüpfen. Nun ist die Geltendmachung der Regel gewiß nicht als publici iuris in dem Sinne zu betrachten, daß jeder Unbeteiligte durch eine Art von

Popularinterzession, jene Worte aussprechend, das Verfahren gelähmt hätte, — etwa wie der vindex dem manum inicienten in den Arm fiel; — die Regel in concreto geltend zu machen, war Sache der Partei, wie aber sollte dies bei der Rechtsbehauptung geschehen? der Vindikant wollte den Prozeß, er fing ihn an; der Contravindikant mußte gegenvindizieren, auch wenn er die Regel als zu seinen Gunsten sprechend annahm: denn nicht minder war sein, um was er schon einmal prozessiert hatte. Aber nun kommt das Stück, wo die Regel einzusetzen hat: das Kriterium der actio bei der legis actio ist nicht die Rechtsbehauptung, sondern ganz anderes: die iuris postulatio, also die Erbittung des iudex, die condictio (= denuntiatio?), die Handlung der manus iniectio oder pignoris capio, und so bei der generalis und einzigen in rem actio nicht die vindicatio und contravindicatio, sondern das sacramentum, also im eigentlichen Sinne der Eid, über dessen Rechtmäßigkeit dann das iudicium entscheiden soll.

Vergegenwärtigen wir uns die legis actio sacramento: Rechtsbehauptung, Scheinkampf, Provokation zum Sacramentum. Die Rechtsbehauptung muß sicherlich auch beim zweiten Mal vorgenommen werden, aber auch dem Scheinkampf bei einer zweiten actio de eadem re steht die Regel bis de eadem re ne sit actio nicht entgegen. Der Scheinkampf ist Imitation des alten Ernstkampfes und also Faktum; er ist noch vorbereitende Handlung für die eigentliche Rechtsaktion: die Rechtsaktion setzt erst in dem Augenblick ein, wo Einer den Anderen zum Eid verhält: dies erst ist, wenn nicht Recht, so doch Abkehr von der Gewalt, und hier zuerst tritt daher die über den Parteien stehende Gewalt ins Mittel. Man wird dies passend als Bändigung der Gewalt durch den Staat auffassen und annehmen, daß der König die Parteien zu diesem Eide dadurch zwang, daß er ihnen die streitige Sache in Sequester nahm, in ähnlicher Weise, wie der Prätor den Parteien seine Stipulationes abpreßte; aber die Tatsache bleibt bestehen, daß allererst das Sacramentum oder vielmehr die rechtzeitig erfolgende provocatio Sacramento die Sache auf dasjenige Gebiet spielt, wo an Stelle der pysischen Kraft die geistige Potenz herrscht, wo

die Selbstbeherrschung, die psychologische Hemmung des Naturtriebes einsetzt, kurz und gut, wo das Faktum des Habens der streitigen Sache von einem anderen Faktor abhängig gemacht werden soll, als von dem brutalen Übergewicht der materiellen Fähigkeit. Es ist die erste Konzession des Gegners an den Gegner: du sprachst zu Unrecht; schwöre. Er wendet sich an den Gegner, nicht, wie mit Hunc ego fundum meum esse aio an den König oder den Umstand. Dies ist denn der Punkt, wo schicklich die Regel bis de eadem re ne sit actio einzusetzen hat: der Gegner weigert den Eid, weil er schon einmal geschworen hat. Will man das Einsetzen der Regel auf einen früheren Zeitpunkt verlegen, so kommt man dazu, den auf sie sich Berufenden wehrlos zu machen: er will ja nicht weniger Recht haben, weil actio schon gewesen ist, sondern mehr. Also weigert er sich nicht, zu behaupten, sondern er weigert sich die Behauptung durch eine Handlung zu bekräftigen, die nur re integra notwendig ist. 'Hier kämpft man nicht um das, was man schon hat.' Solange der physische Kampf, der der actio in rem zugrunde liegt, den Ausschlag gab, mochte er wiederholt werden, und er mußte wiederholt werden, wenn nicht ein freiwilliger Verzicht dem anderen gegenüber sich ergeben soll, denn das 'Recht des Stärkeren' wechselt mit der Stärke; der durch die Eide eingeleitete Rechtsstreit ist durch den Normalpunkt eines etwaigen früheren Rechts- und Eidesstreits für immer absorbiert, der Anspruch auf Gehör einmal für allemal verwettet, sei es durch den Eid, sei es durch die Geldwette, die ihn später ersetzt. Es tritt uns hier geradezu der Gegensatz des wechselnden Faktum und des ewigen ius entgegen.

Dies ist ein Punkt, der sich außerhalb des Römischen Rechts, ja außerhalb der Rechtsordnung, nicht *einmal*, sondern häufig wiederfindet: Ein Duell über die gleiche Angelegenheit kann zu wiederholten Malen ausgefochten, aber nur einmal für allemal gefordert werden: wer sich einmal gestellt hat, der hat damit Satisfaktion gegeben. Diese Regel ist mit der ursprünglichen Vorstellung des Gottesurteils keineswegs untergegangen. Das Gottesurteil bedeutete: Entscheidung der streitigen Rechtsfrage res *ordaliata pro veritate

accipitur. Daher kein weiterer Streit. Das heutige Duell bedeutet Recht auf Satisfaktion, auf Gestellung zum Kampfe, und dieses Recht ist konsumiert durch die Tatsache des ersten Duells, obwohl sich heute schwerlich ein Mensch finden wird, der die Streitfrage zwischen Gegnern durch den Ausgang des Duells entschieden findet.[1]) Wenn nun trotzdem die Wiederholung des Duells durch keinen Ehrenkodex aufgenötigt wird, so ist hier dieselbe Empfindung, die gerade das sacramentum in Rom zum Angelpunkt für die Regel bis de eadem re ne sit actio machen mußte, nämlich, daß man alles an alles zu setzen in derselben Sache eben nur einmal genötigt werden soll. Nicht daß der Staat nicht mehrmals bemüht werden soll, sondern daß das Wagnis nur einmal gefordert werden darf, ist das Wesentliche.

Die in iure cessio 'ea quam habemus' ist freilich eine abgeblaßte, rudimentäre Handlung; denken wir uns einen Scheinkampf in der älteren Zeit, so würde er vindicatio, contravindicatio, und 'iniure manum consertum' verlangen: darauf den Eid von der einen Partei geleistet, von der anderen verweigert, und also Zusprechung durch den König.

Ist aber dieses der Fall, so ist die Regel 'bis de eadem re ne sit actio' beim Sakramentsprozeß in rem entstanden und auf diejenigen Legis actiones nicht schlechthin übertragbar, bei denen das periculum der actio sacramenti nicht statthatte. Daraus erklärt es sich leicht, weswegen die andere Parömie für die condictio geprägt werden konnte: Hier war die actio wahrscheinlich ein gar unbedeutend Ding, an welche eine so schwerwiegende Regel zu knüpfen unelegant erscheinen mochte, jedenfalls aber nicht von selber sich aufdrängte: so wurde denn auf den juristischen Wert der Regel gesehen, und dieser eben darin gefunden, daß beim Sakramentsprozeß eine zweite Contestatio überhaupt nicht zustande kam: denn wenn der Gegenvindikant beim

---

[1]) Man denke an die confessio des unterliegenden Ritters, die Don Quixote weigert, und etwa an das Bekenntnis des Homer in Shakespeares Heinrich VI., 2, 2[3], und vergleiche das 'Stirb, ich vergebe Dir' des siegenden Beaumarchais in Goethes Clavigo.

Sakramentsprozeß auf die Provokation dadurch antwortete, daß er das nochmalige Sacramentum ablehnte, so war es wohl das Gegebene, daß zunächst über eben die Frage, ob schon einmal verhandelt war, verhandelt wurde, sei es vor dem Magistrat, sei es vor einem ad hoc erkorenen Richter. Man beachte, wie sehr ein solches Verfahren einer Zeit nahelag, die aus der Tatsache des iudicatum die manus iniectio herleitete, und also über die Frage, ob iudicatum vorlag, zu verhandeln gewohnt war. Es ist nicht zu viel gesagt, daß wahrscheinlich ein Verfahren über die Frage, ob schon actum vorlag oder nicht, in seinem Ausfall für den Besiegten (sei es den 'iterum agentem', sei es den injuria ein actum behauptenden) sich keineswegs auf Konstatierung der Tatsache beschränkte, sondern für ihn einen empfindlichen Nachteil zur Folge hatte. Der zum zweiten Mal Provozierte ersparte sich gewiß nicht bloß ein zweites Sacramentum, sondern er wird die Sühne für die in der Forderung des zweiten Sacramentum liegende Nichtachtung des ersten Sacramentum zu fordern berechtigt gewesen sein; wie denn umgekehrt der zu Unrecht das Sacramentum unter Vorschützung jener Regel verweigernde nicht bloß das Recht zum fürderen Bestreiten verloren haben wird, also sachfällig wurde (das wäre ja kein Nachteil gegenüber einem schweigenden Anerkenntnis gewesen), sondern wohl noch weiter gebüßt wurde.

Nimmt man dieses in großen Zügen an, so ergibt sich, wie wenig geeignet solche Regel in ihrer einfachen Gestalt und Wirksamkeit zur Übertragung von der streitbaren Actio sacramento auf harmlose Actiones war, wie die condictio eine gewesen zu sein scheint.

Für diese frägt man, welches der juristische Zweck der Regel sei, und ersieht als diesen Zweck die Rechtsfolge, daß, wer einmal ein Mittel zur Verurteilung (iudicium) erstritten hat, das Mittel zu dieser Verurteilung nicht wieder bekommt, also eine zweite Verurteilung nicht erstreiten kann; ebendies läßt sich schicklich also erreichen: sowie wer einmal das Sacramentum geleistet hat, nicht ein zweites zu leisten hat — man könnte an die Gegenrede auf eine provocatio zum zweiten Sacramentum denken: nego me

tibi* sacramentum dare oportere — sondern lediglich verpflichtet ist, nunmehr einen iudex über die Reinheit des Eides anzunehmen, und das Urteil dieses Richters anzuerkennen, ebenso ist, wer einmal bei der condictio bis zur litis contestatio gekommen, nicht mehr zum dare oportere, sondern vielmehr nur dazu verpflichtet, den Prozeß unter dem iudex sich abspielen zu lassen, wie er ihn angenommen hat, und das Urteil zu verwirklichen.

Es ist dies gegenüber der Frage nach dem zweiten Eide freilich eine nüchterne Satzung, aber sie tut den Dienst, indem sie dem iudex auch die Frage zuschiebt, welche die Regel bis de eadem re ne sit actio dem Verfahren vor dem Magistrat überläßt.[1])

Der Übergang zum Formularsystem bot bei den Actiones in personam keine Schwierigkeiten, um so dunkler ist die Geschichte der Actio in rem. Die sponsio zeigt das Gepräge des sacramentum als Vehikel des Prozesses; 'propter hoc solum fit ut per eam de re iudicetur' ist in dem 'solum' degeneriert gegenüber dem sacramentum, und weil degeneriert formell nur einseitig[2]), und, sowie bei der Legis actio in rem für die Exekution nur der Bürge, und gar nicht der Beklagte dagewesen zu sein scheint, so tritt hier der Beklagte auch schon äußerlich durch die XXV nummi in den Hintergrund gegenüber der stipulatio pro praede litis et vindiciarum, bei der die sponsores die Hauptsache waren.

[1]) Wie die Regel beim Sakrament gleich der modernen Duellregel die Persönlichkeit schützt, so ist die Parömie bei der condictio gar prosaisch zu vergleichen dem Vorgange bei der Lösung eines Billets: das Eisenbahnbillet berechtigt zum Einlaß auf den Perron; nach dem Einlaß, bei dem es kupiert wird, zur Fahrt in dem auf dem Perron stehenden Zuge; nach der Zurücklegung der Fahrt zum Verlassen des Bahnsteigs. Es ist durch die Durchlochung entwertet für den Eintritt (inclusum iudicio), beschränkt auf die Benutzung dieses Zuges — falls nicht ausnahmsweise ein Vermerk vom Stationsbeamten noch rechtzeitig draufkommt (translatio iudicii, in integrum restitutio).

[2]) Gaius IV 91—95; Bekker, Konsumption S. 134: „nicht etwa darum, weil der Sponsion keine Restipulation entsprach, sondern weil, wie wir aus Gaius ersehen, nur über des Agerius, nicht über des Numerius Recht an der Sache eine Sponsion geschlossen wurde."

Dementsprechend kann auch der Übergang für die Anwendung der Regel 'bis de eadem re ne sit actio' nicht so glatt gewesen sein, wie bei den Condictiones für das: 'ante litem contestatam etc.', und, anschließend, bei allen Actiones in personam. Bei diesen war die Parömie schlechthin übertragbar auf die neue Klagart, denn sie bezog sich auf denjenigen Teil des Verfahrens, an dem die Neuerung spurlos vorüberging, auf das Verfahren in iudicio: ob dare oportere oder nicht, daran änderte sich nichts, mochte das Verfahren durch Legis actio oder durch concepta verba eingeleitet werden. Aber wie sollte man der Regel, die der zweiten Herausforderung zum Sakrament wehrte, im Formularprozeß gerecht werden?

Wenn im Sakramentprozeß über die Frage, ob diese Sache schon verhandelt war, Streit entstand, so mochte gerade über diese Frage ein präjudizielles Verfahren stattgefunden haben: ein solches baute der Notwendigkeit vor, noch einmal das sacramentum zu leisten; aber wie sollte dies im Formularprozeß auftreten? Im praeiudicium, von dessen Ausgang nur die Entscheidung der Frage, ob ein iudicium zu geben sei, abgehangen hätte? Die andere Möglichkeit, die ganze Frage dem iudex ipso iure zu übertragen, lag hier nicht so wie bei bei den Actiones in personam vor, weil eine zweite Sponsio nach geschehener erster Actio ganz gewiß ein dare oportere hervorrufen mußte[1]); bei der formula petitoria aber hätte eine ipso iure-Tilgung allein in den Arbitrarpassus nisi — restituat verlegt werden können, indem man angenommen hätte, auf eine pronuntiatio rem actoris esse, hätte kein arbitratus restituendi folgen dürfen, wenn die Sache schon einmal verhandelt war. Es wäre dies meines Ermessens möglich gewesen, und so gut wie Nichtbesitz den Beklagten von der Restitution und Kondemnation entband, hätte ihn auch die bereits geschehene Ausklagung durch den Gegner ipso iure entbinden können. Allein dies ist nicht geschehen.

---

[1]) Man hätte denn also spondieren lassen müssen: 'Si res A^i A^i est, neque ea res in iudicium deducta etc. est', wodurch die Konsumption, mit Exzeptionscharakter, in die sponsio genommen worden wäre.

Man hat die Actiones in rem alle den illegitimen iudicia quibus in personam agitur gleichgestellt, und eine exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae auf sie übertragen.

Diese Exceptio steht für die Personalklagen zur Negation des dare oportere bei den legitimen Stadtiudicia so, wie die doli exceptio der stricta iudicia materiellrechtlich zum 'doli exceptio bonae fidei iudiciis inest'. Auch dies inest soll nicht bedeuten: 'was den stricta iudicia die doli exceptio ist, das haben die bonae fidei iudicia in sich'; sondern eher: 'was die bonae fidei iudicia in sich haben, soll die doli exceptio den stricta iudicia geben'; denn sicherlich bedeutete jene doli exceptio die spätere Übertragung einiger fides bona-Postulate auf die stricta iudicia. Ebenso war die exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae der Abglanz der Parömie der legitimen iudicia, und ihre zwei Abstufungen entsprachen den Staffeln der Parömie rei iudicatae = iudicatum facere oportere; rei in iudicium deductae = condemnari oportere; nur ist die Parömie so positiv gewendet, wie die Exceptio negativ. Materiell ist sie der notwendige Ersatz für die Parömie, sobald man es der Mühe für wert hielt, den illegitimen iudicia auch für nachfolgende Stadtiudicia kassatorische Kraft zu geben.

Aber auf die iudicia der actiones in rem paßt die exceptio keineswegs ebenso: hier ist nicht ein illegitimes durch besondere Legitimation dem legitimen gleichzustellen, nicht ein Rechtserfolg für mindere Prozesse künstlich herbeizuführen, der denen höherer Ordnung ipso iure immanent ist, sondern es ist von der Parömie und deren Abglanz ein analoger Gebrauch gemacht zugunsten derjenigen actiones, denen aus eigener Kraft ein Vehikel für den Satz 'bis de eadem re ne sit actio' fehlt. Eben darin, daß die in rem actiones in der Formularzeit das Remedium der exceptio den illegitimen iudicia der Personalklagen entlehnen, scheint mir der Beweis gegeben, daß das Mittel, welches die Legisactionenzeit zur Durchführung der Regel 'bis de eadem re ne sit actio' bei Actiones in rem anwandte, zur Zeit der Formulae nicht mehr gangbar war.

Darum aber gerade, weil dies Mittel künstlich, für legitime wie illegitime iudicia der actiones in rem, auf diese

Actiones übertragen werden mußte, hat es hier keineswegs die gelenkige Gebrauchsfähigkeit der exceptio bei den Personalklagen.

Die Sakramentsklage war zweiseitig; darin liegt ja schon, daß der Beklagte und erstmalige Kläger durch die Regel ebenso geschützt war, wie der, der beide Male Beklagter war; denn zweiseitig wie die Actio war auch das Sacramentum; 'darüber haben wir beide schon sakramentiert; also tue ich es nicht noch einmal', konnte jeder von beiden sagen, und alle Schwierigkeiten, die der Formelprozeß auf der Seite der in rem actio für die exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae wegen der Verschiedenheit der Parteirollen bietet, waren nicht vorhanden.

Wenn der erstmalige Beklagte beim zweiten Mal Vorvindicant war, so konnte sein Gegner das Begehren auf sacramentum von Rechts wegen ganz ebenso zurückweisen wie er selbst; von hier aus erklärt sich vollkommen, daß auch der frühere Beklagte im Formularprozeß, wenn er jetzt klagt, die exceptio zu gewärtigen hat: es ist dies eine Folge der zweiseitigen Konsumption der provocatio sacramento, aber freilich gar nicht im Sinne eines Rechtsbehelfs, der gedacht ist als Ersatz für die Parömie 'ante litem contestatam dari oportere, post litem contestatam condemnari oportere'. Die Zweiseitigkeit der exceptio paßt nicht zu der Kondiktions-Konsumption, wohl aber zu dem 'bis de eadem re ne sit actio' des Sakramentsprozesses.

Hierdurch wird die Frage nach den zwei Funktionen für die actio in rem eigentlich ausgeschaltet: Konsumption bei condictiones und Konsumption bei in rem actiones ist nicht das gleiche; aber eandem quaestionem movere dürfte ungefähr das gewesen sein, was durch die Regel 'bis de eadem re etc.' bei der legis actio sacramento in rem verhindert wurde. Es ist darum die Doppelseitigkeit der exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae ein Zeichen einmal dafür, daß die legis actio sacramento einen doppelseitigen Ausdruck für die Regel 'bis de eadem re ne sit actio' besaß, und sodann dafür, daß diese exceptio nur eine äußerliche und nachahmende Mechanik für die Konsumption der in rem-Klagen darstellte, nicht anders als die formula petitoria

eine zusammengestoppelte in rem-Klage war, eine actio mit condemnatio wie bei den actiones in factum mit interitio in ius concepta.

Es ist kein Zufall, daß Keller, nach seiner Theorie der beiden Funktionen, sagt, bei den in rem actiones habe die positive Funktion der Exceptio rei iudicatae recht eigentlich ihren Sitz, denn die actio in rem des Formularprozesses fügt sich der Theorie der Parömie Gai. III, 175 f. nicht ein, entlehnt aber von dieser Parömie das Mittel der Exceptio, weil das Mittel der Actio sacramento in rem mit dem Sacramentum weggefallen ist, und versetzt auf diese Weise allerdings den Streit über eadem res ins iudicium, wenn auch nicht ins iudicis officium. Natürlich muß da die Zweiseitigkeit der alten legis actio und die jeder dinglichen Klage inhärierende Möglichkeit, daß beide Parteien die Rollen tauschen und doch eadem res bleibt, zu Unregelmäßigkeiten führen, die bei der Actio in personam, für die das Schema der Parömie geschaffen ist, nicht vorhanden sind. Diese Unregelmäßigkeiten gehen über das, was bei der Actio in personam allenfalls unbequem wird, hinaus; aber unter dies Schema mit seinem dare oportere paßt ja die in rem actio überhaupt nicht, und insofern sind die Fälle der sog. positiven Funktion nur die Konsequenzen aus der Anomalie der Actio in rem (gegenüber der Actio in personam), einen Wechsel der Parteirollen bei Identität der res zu gestatten. Ein Reflex dieser Anomalie befindet sich bei den gegenseitigen Obligationen, wenn Ansprüche im contrarium iudicium verfolgt werden, die im directum aufgerechnet sein können. Aber bei der in rem actio ist durch die litis contestatio das Recht beider Teile konsumiert, diejenige Streitfrage wieder auftauchen zu lassen, die in den ersten Prozeß gekommen war. Man könnte auf obligationen-rechtlichem Gebiet allenfalls vergleichen den imaginären Fall, wo der Schuldner nachmalig auf Anerkennung des Nichtbestehens der Schuld klagen würde. So wie ihm da die exceptio rei iudicatae entgegenstände, so auch dem erstmaligen Beklagten bei der actio in rem. Aber der fundamentale Unterschied bleibt, daß die actio in rem des Formularprozesses nicht wie die Actio in personam die zwischen den Parteien

schwebenden Fragen allezumal entscheidet, sondern nur bis zur Höhe gehen kann, keineswegs aber zur anderen Seite wieder herunter: nur de iure eius qui agit geht die Frage, und das ius eius quocum agitur kann nur im Wege logischer Folgerung mitbeurteilt sein. Hier muß die exceptio den Dienst tun, sowie sie es ja auch bei der negotiorum gestio tun muß, wenn Gegenansprüche zur Sprache kommen. Auch die letztere ist eine Anomalie gegenüber dem ursprünglichen Werte der Parömie ante l. c. dari oportere; aber es ist beachtenswert, daß die Anomalie eine solche Actio trifft, die als incertae rei der legis actio per condictionem nicht unterstand.

Weit größer muß die Anomalie bei der Actio in rem werden, weil hier nicht Anspruch auf A und Gegenanspruch auf B aus dem gleichen Faktum X möglicherweise gegeneinander aufgerieben werden, sondern Anspruch auf res und Anspruch auf res aus dem gleichen von beiden prätendierten Rechte sich entgegenstanden.

Für die Frage, ob positive Funktion nötig, oder Konsumption allemal ausreicht, wäre zu erwägen, ob exceptio rei in iudicium deductae auch der Klage desjenigen entgegenstände, der, während das iudicium gegen ihn schwebt, seinerseits gegen den Kläger klagt. In der Theorie wäre sie wohl begründet, da man abwarten muß, ob der Iudex des ersten Prozesses darüber judizieren wird, was sein Beklagter jetzt im anderen Prozeß behaupten wird.

Wenn man mit Bekker[1]) annimmt, daß die Frage, was durch die Litis contestatio konsumiert sein soll, sich erst durch die Forschung des iudex ergeben soll, diese Frage also zu den Dingen gehört, die ex post facto apparent, so wird der Funktion des Urteils ihr Recht, auch ohne daß man zur besonderen Theorie der Rechtskraft zu greifen nötig hätte. Die Intentio gibt danach das Gebiet an, innerhalb dessen der iudex forschen darf; was er wirklich erforscht, wird konsumiert.[2]) Damit läßt sich die Einrede gegen den erstmalig besiegten Beklagten erklären. Die

---

[1]) a. a. O. S. 131.

[2]) Es ist wie mit der Haftung des Erben im BGB.: unbeschränkt, aber beschränkbar.

replica zugunsten des obsiegenden zweimaligen Klägers aber ist Rechtskraftsfunktion insofern nicht, als sie dem Kläger nur zum Schutz gegen die exceptio dient: da macht sie nur freie Bahn für die Intentio.

Rechtskraft würde sie nur dann wirken, wenn auf Grund der Replik die Intentio gestärkt würde: das aber eben ist nicht der Fall: denkt man beide Rechtsbehelfe hinweg, so kann der Kläger sich natürlich zum Beweise seines Rechtes auf das frühere Urteil berufen; mehr aber gibt ihm auch die Replica nicht, sonst wäre das einfachere Mittel eine Actio: si paret secundum A^um^ A^um^ iudicatum esse.

Keller dagegen[1]): 'Die Frage was in iudicium deduziert wurde, beantwortet sich zur Zeit der Litiscontestatio.' Dies ist der springende Punkt bei dem Dissensus über die Funktionen; der Gegensatz ist zunächst konstruktiver Natur.

So haben wir es hier mit den Weiterungen zu tun, durch welche die dingliche Klage den Rahmen der Gaianischen Parömie sprengt.

In D. 7, 1, 33, 1 (Pap.) wäre 'condemnatione secuta' wohl ebenfalls exceptio, dann aber replica gegeben worden, wie in D. 20, 1, 16, 5 und D. 44, 2, 9, 1. Wenigstens würde dies dem Standpunkt von Marcian und Ulpian entsprochen haben. Übrigens ist im Anfang der Stelle m. E. eine eigentümliche Kontamination untergelaufen; usumfructum in quibusdam casibus non partis effectum obtinere convenit, würde fordern, daß im Verlauf der ususfructus in Gegensatz zur fundi pars oder portio gestellt würde, indem etwa die Akreszenz der Pars mit der Consolidation oder der Confusio verglichen würde. Statt dessen bringt die Stelle offenbar den Gegensatz: 1. Akreszenz von fundi pars zur fundi pars, und 2. Akreszenz von ususfructus pars zur persona.

Darum ist auch in den einleitenden Worten nicht die Vergleichung von ususfructus und pars, auch nicht pars proprietatis, wie Mommsen nach den Basiliken vermutet, der Gegenstand der These: 'non partis effectum obtinere'

[1]) Litiskontestation und Urteil S. 264.

verlangt eine Antithese non partis sed . . ., und das verlangt auch partis proprietatis. — Sprachlich möglich wäre iuris non partis effectum optinere, was ich durchaus nicht vorschlage, sondern nur zur Illustration erwähne; Papinian D. 31, 66, 6 sagt: ususfructus enim etsi in iure non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet, widerspricht aber damit keineswegs dem iuris effectum obtinet. Erwägt man Paulus D. 7, 1, 4: Ususfructus in multis casibus pars dominii est et extat, quod vel praesens vel ex die dari potest, so lassen die beiden 'in multis casibus' und 'in quibusdam casibus' es plausibel erscheinen, daß hier nachklassisch ausgeglichen werden sollte; aber Papinians Ausführung verlangt einen anderen Sinn.

Es scheint mir gegenwärtig nicht angängig, eine bestimmte Meinung zu äussern; aber möglich wäre, daß Papinian gesagt hat: Usumfructum [. . .] partis effectum obtinere convenit; unde si [. . .] [portio petatur et?] absolutione secuta postea pars altera quae adcrevit petatur . .; daß er also einfach die Gleichung ususfructus und pars hinstellte, und das Julianische Kuriosum erwähnte, daß die pars, wenn sie Grundstücksteil sei, der exceptio Raum schaffe, wenn sie der ganze Ususfructus (= pars dominii) sei, die exceptio nicht zulasse. Natürlich ist dies nur eine Möglichkeit unter vielen. —

III. Iudex ius facit.

Daß neben der Regel 'bis de eadem re ne sit actio' auch die anderen bestehen 'iudex ius facit' 'res iudicata pro veritate accipitur' ist unbestritten.[1])

Es wird aber festzustellen sein, daß es Brinz[2]) — Bekkers Postulat aus der Aktionenbeilage verschönt erfüllend — gelungen ist, das Gebiet abzustecken, für welches diese Regeln aufgestellt waren.

Dabei ergab sich, daß diese Regeln bei Statusfragen und bei denjenigen Entscheidungen vorgebracht werden, wo das Hauptrechtsverhältnis nicht nur für die primär Beteiligten, sondern auch für die Minderbeteiligten endgültig

[1]) Savigny, System VI S. 274.

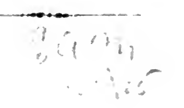
[2]) Pand. 2. Aufl. Bd. I § 79 S. 349 ff.

entschieden wird. Bei Statusfragen der lex Papia ist die Parömie: 'Res iudicata pro veritate accipitur' zweimal aufbewahrt; (D. 50, 17, 207, D. 1, 5, 25; vgl. D. 37, 14, 14). Ebenso wird, daß der iudex ius macht, oder seine pronuntiatio ius mache, beim testamentum dann erörtert, wenn in Frage steht, ob die Auctorität des Urteils über den Kreis der am Prozeß beteiligten Personen ausgedehnt werden soll (D. 49, 1, 14. D. 30, 50, 1). Es sind also diese beiden Regeln gerade nicht der Ausdruck für den gewöhnlichen Bereich der exceptio rei iudicatae, sondern sie treten dann in Aktion, wenn eine den Rahmen der exceptio sprengende Wirkung des Urteils angekündigt werden soll. Öfters ist dabei das Extraordinarverfahren im Spiel, 'inter partes' bringt unsere gegenwirkende Interpretation ebenso herein, wie 'sui generis' durch die Glossatoren dem 'contra naturam' hinzugefügt ist. Hätte es sich um eine auf alle Prozesse bezügliche Regel gehandelt, so wäre nicht gerade nur aus der Papia zweimal der Text uns erhalten worden. Wo eine 'übervolle' Wirkung der res iudicata ist, da finden wir jene Regeln, die also für solche Abnormitäten geprägt zu sein scheinen.

Ein Rückstoß gegen diese Regeln scheint die andere: 'res inter alios actas aliis non praeiudicare'. Sie begrenzt das normale Gebiet der Wirkung der res iudicata. Gerade diese Regel aber ist oft in Verbindung gesetzt mit der Appellatio und zwar in dem Sinne, daß sie eine Appellation für überflüssig erklärt, sie spielt also in das Extraordinarverfahren ebenfalls sehr wesentlich hinein. Hier ist Gelegenheit für die Kompilatoren, den Text zu korrigieren, wie dies in der viel umstrittenen Stelle D. 42, 1, 63 geschehen ist.

Manches mag sonst noch verschoben sein — den Wert der Regeln läßt auch noch die Kompilation erkennen. —

Und so schließe ich wie ich begonnen: es sollte versucht werden, den drei Regeln gesonderte Gebiete zuzuweisen. Kühn wäre die Hoffnung, die Gebiete bei diesem Versuch richtig abgesteckt zu haben. Bleibt als Ergebnis, daß die Regeln überhaupt ursprünglich auf verschiedene Gebiete berechnet waren, so ist der Versuch gerechtfertigt.



Hermann Böhlaus Nachfolger in Weimar.

Aus der vorliegenden Festschrift sind einzeln erschienen:

Bernhöft, F., zur Lehre von den Fiktionen. 52 S. 1.80 ℳ.

Girard, P., un document sur l'édit antérieur à Julien. Valerius Probus, de litteris singularibus, 5, 1—24. 36 S. 1.20 „

Hölder, E., zur Lehre von der Auslegung der Willenserklärungen und der Bedeutung des Irrtums über ihren Inhalt. 16 S. —.50 „

Krüger, P., Justinianische Entscheidungen streitiger Rechtsfragen im Codex und in den Digesta. 20 S. —.60 „

Leonhard, R., der Verstoß gegen die guten Sitten. 20 S. —.60 „

Rabel, E., Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie. 68 S. 2.20 „

Seckel, E., die Haftung de peculio und de in rem verso aus der Litiskontestation und dem Urteil nach klassischem römischen Recht. 60 S. 2.— „

Tuhr, A. von, zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung. 32 S. 1.— „

Wenger, L., zum Wohn- und Wirtschaftsrecht in den Papyri. 14 S. —.50 „

Weimar. — Hof-Buchdruckerei.







